

LES RECOURS CONTRE L'AUTEUR D'UN DOMMAGE OUVRANT DROIT A UNE INDEMNITÉ D'ASSURANCE

Thèse pour le doctorat
présentée et soutenue le mardi 30 novembre 1948 à 16 heures
par

Pierre GUIHO
Licencié ès lettres

JURY :

Président : M. PERREAU, Professeur.

Suffragants : MM. GOMBEAUX, Professeur honoraire, chargé de
cours.

PLAISANT, Agrégé.

ÉDITIONS DOMAT
MONTCHRESTIEN

1951



ANNÉE SCOLAIRE 1948-1949

Doyen : M. LEMONNIER (*, ☉ I.).*Doyen honoraire* : M. NEZARD (*, ☉ I.).*Assesseur* : M. YVER (*, ☉ I.).*Professeurs honoraires* : MM. DEGOIS (☉ I.).

GOMBEAUX (*, ☉ I.).

MM.

LEPARGNEUR (*, ☉ I.), Professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit Maritime.

LEMONNIER (*, ☉ I.), Doyen, Professeur de Droit civil, chargé du cours de Législation industrielle.

PERREAU (*, ☉ I.), Professeur de Droit pénal, chargé du cours de Droit pénal spécial et d'un cours de Droit civil en Capacité.

YVER (*, ☉ I.), Assesseur, Professeur d'Histoire du Droit, chargé du cours d'Histoire du Droit privé français en Doctorat et du cours de Coutume de Normandie.

FOURGEAUD (*), Professeur d'Economie politique, pour ordre et en surnombre.

BERLIA, Professeur de Droit constitutionnel et de Droit international public.

LADREIT DE LA CHARRIÈRE, Professeur de Droit administratif, mis à la disposition de la Présidence du Conseil.

VILLERS, Professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public en Doctorat.

MORANGE, Professeur de Droit civil, chargé des enseignements du Droit administratif et du Droit constitutionnel comparé en Doctorat et de la Législation financière.

GOMBEAUX (*, ☉ I.), Professeur honoraire, chargé du service d'une chaire de Droit civil.

CARABIE, Agrégé, chargé de l'enseignement du Droit romain.

PLAISANT, Agrégé, chargé de l'enseignement du Droit international privé.

Mlle

AUBERT, Agrégée, chargée de l'enseignement de l'Economie politique (Licence et Doctorat).

MM.

PASQUIER, Chargé de cours d'Economie politique.

JOLY, Chargé de cours de Droit privé.

MERLE, Chargé de cours de Droit public.

ROUX (*, ☉ I.), secrétaire.

LES RECOURS CONTRE L'AUTEUR D'UN DOMMAGE OUVRANT DROIT A UNE INDEMNITÉ D'ASSURANCE

Thèse pour le doctorat
présentée et soutenue le mardi 30 novembre 1948 à 16 heures
par

Pierre GUIHO
Licencié ès lettres

JURY :

Président : M. PERREAU, Professeur.

Suffragants : MM. GOMBEAUX, Professeur honoraire, chargé de
cours.

PLAISANT, Agrégé.

ÉDITIONS DOMAT
MONTCHRESTIEN

1951

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

[1] Un principe fondamental du droit veut que la victime d'un dommage soit indemnisée par l'auteur de ce dommage : c'est le principe de la responsabilité civile formulé par l'article 1382 du Code civil dans des termes bien connus : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » Pendant de longs siècles, le jeu de la responsabilité civile avait suffi à assurer l'indemnisation des victimes d'accidents.

Mais la vie du monde moderne, en développant le machinisme, a multiplié dans des proportions considérables les accidents de toutes sortes. Dans bien des cas la victime ne pourrait trouver dans le fonctionnement de la responsabilité l'indemnité à laquelle elle a droit : il peut arriver en effet que l'accident ne mette en jeu la responsabilité de personne, ou bien que l'auteur responsable soit insolvable ; en admettant même qu'il existe un responsable solvable, il s'exécutera rarement de bon gré, et la victime devra subir les difficultés, les frais, les retards inhérents à tout procès.

Aussi on assiste en droit moderne au développement de nombreuses institutions destinées à procurer à la victime d'un accident une indemnisation plus certaine et plus rapide. Nous les trouvons surtout dans le cadre de la profession : en droit administratif, les fonctionnaires bénéficient de pensions d'invalidité ; certaines grandes entreprises privées organisent un système analogue. Dans le droit du travail, une législation particulière modifiée à plusieurs reprises et maintenant incorporée à la sécurité sociale, assure aux ouvriers l'indemnisation des accidents du travail. Et il est une autre institution qui s'inspire de la même préoccupation, mais dont le domaine est beaucoup plus vaste puisqu'elle tend à s'appliquer à toutes sortes de risques : c'est l'assurance.

[2] Cette multiplicité d'institutions, qui se recouvrent en partie puisqu'elles poursuivent toutes un même but, soulève des problèmes difficiles. Ce sont deux conceptions opposées qui se heurtent : d'une part la responsabilité considère la réparation du dommage comme une charge personnelle, et d'autre part les institutions modernes tendent à en faire une charge collective, sociale. La principale difficulté provient de ce que la victime d'un accident peut se trouver indemnisée de plusieurs côtés ; or, s'il est souhaitable qu'elle soit indemnisée intégralement, il est superflu et presque choquant de lui procurer plus que le dommage. C'est le problème du cumul des indemnités. D'autre part, l'organisme qui se trouve obligé de verser une certaine somme à la suite de l'accident pourrait songer à en réclamer le remboursement à l'auteur de l'accident.

De ces problèmes qui sont extrêmement vastes, car ils peuvent se poser dans des cas très variés, nous ne retiendrons qu'un aspect, celui qui résulte de la coexistence de la responsabilité et de l'assurance. Un accident a ouvert au profit de la victime un droit à indemnité d'assurance ; l'assureur a payé la somme qu'il avait promise. Il s'agit de savoir à quels recours l'auteur du sinistre peut se trouver exposé :

1°) la victime de l'accident peut-elle exiger de lui des dommages-intérêts comme si elle n'avait pas été assurée, et cumuler ainsi des indemnités au-delà du dommage subi ?

2°) l'assureur peut-il prétendre se faire rembourser par l'auteur de l'accident l'indemnité qu'il s'est trouvé obligé de payer ? peut-il agir en son propre nom, en invoquant un préjudice personnel ? ou bien au nom et à la place de son assuré ?

[3] C'est un problème qui se pose très fréquemment dans la pratique, et dont la solution a connu bien des vicissitudes. Pendant tout le xix^e siècle, on a rejeté le cumul des indemnités, et admis le recours de l'assureur. Mais le fondement de ce recours restait incertain. A l'origine, la jurisprudence admettait la subrogation légale ; bientôt, elle la rejeta et la remplaça par un recours personnel de l'assureur. En même temps une pratique très générale insérait dans les polices une clause subrogatoire ; mais cette clause était traditionnellement interprétée comme une cession d'action. A la fin du xix^e siècle on voit apparaître les assurances de personnes, dont la technique très différente ne s'accorde pas avec les règles admises antérieurement. Elles obligent les auteurs et la jurisprudence à reconsidérer toute la question ; le fossé se creuse entre assurances de dommages et assurances de personnes. Et l'on arrive à la loi du 13 juillet 1930 qui consacre dans l'ensemble la pratique antérieure : pour les assurances de dommages, l'art. 36 accorde à l'assureur la subrogation, et par là même supprime pratiquement le cumul des indemnités ; pour les assurances de

personnes au contraire, l'art. 55 rejette la subrogation, et le cumul est de règle.

On pourrait croire que la loi de 1930 a mis un terme à toutes les controverses en apportant une solution nette et définitive. En réalité, il n'en est rien. L'interprétation des articles 36 et 55 soulève bien des difficultés sur lesquelles l'accord n'est pas réalisé, et qui n'ont pas encore fait l'objet d'une étude à la fois générale et approfondie (1). D'autre part, la loi de 1930 ne régit pas toutes les assurances, mais seulement les assurances terrestres. Pour les assurances restées en dehors de son champ d'application, les problèmes du cumul des indemnités et du recours de l'assureur ne peuvent toujours être résolus que par les principes du droit commun. Avec l'assurance-crédit surtout, assurance de création récente et de caractère très particulier, les recours de l'assureur ont suscité de graves controverses qui ont divisé la jurisprudence et la doctrine ; et un important arrêt de la Cour de Cassation du 14 décembre 1943 a rompu avec une jurisprudence plus que séculaire.

[4] Nous nous proposons donc d'étudier ce problème qui reste toujours actuel. Pour cela, nous exposerons d'abord les principes généraux qui dominent la question ; nous le ferons en reportant nos regards vers le passé, et constaterons ainsi avec quelle difficulté ces principes se sont dégagés. Nous entrerons ensuite dans le détail de la réglementation : une deuxième partie sera consacrée aux assurances régies par la loi du 13 juillet 1930 ; elle comportera essentiellement l'étude de l'art. 36 relatif aux assurances de dommages, et de l'art. 55 relatif aux assurances de personnes. Enfin, une troisième partie recherchera la solution du problème en dehors de la loi de 1930, pour les assurances qui n'y sont pas soumises. Nous aurons ainsi exposé l'état actuel de la question, sans prétendre d'ailleurs y apporter un point final, puisque le droit est une science en perpétuelle transformation.

[3] (1) Des commentaires comme ceux de MM. ANCEY et SICOT et de MM. GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, traitant de toute la loi de 1930, article par article, sont nécessairement succincts. Les thèses de Mlle GRILLON (Montpellier 1936) et de M. GAUTIER (Paris 1939) accordent encore une place très importante au droit antérieur à 1930, et notamment à la clause subrogatoire. Les seules études approfondies sont des notes de jurisprudence portant sur une difficulté particulière.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546421_0008

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Dans cette première partie, nous aurons à résoudre trois questions :

1°) L'assureur dispose-t-il d'un recours personnel contre l'auteur d'un sinistre ?

2°) La victime peut-elle cumuler les dommages-intérêts avec son indemnité d'assurance ?

3°) L'assureur peut-il être subrogé dans les droits de son assuré ? La notion de subrogation est-elle compatible avec le contrat d'assurance ?

CHAPITRE PREMIER

ABSENCE DE RECOURS PERSONNEL DE L'ASSUREUR

SECTION 1. — La théorie ancienne du recours personnel. — Evolution historique.

SECTION 2. — Arguments inopérants invoqués contre le recours.

SECTION 3. — Véritable argument contre le recours : analyse du contrat.

SECTION 4. — Tentative faite pour fonder le recours personnel sur la gestion d'affaires ou l'enrichissement sans cause.

SECTION PREMIÈRE

LA THÉORIE ANCIENNE DU RECOURS PERSONNEL. ÉVOLUTION HISTORIQUE

§ 1^{er}. — ORIGINE.

[5] La théorie ancienne qui accordait à l'assureur un recours personnel contre l'auteur responsable du sinistre a des origines très lointaines ; et pourtant ce n'est pas le premier procédé qui ait été utilisé. Dans l'ancien droit, une tradition immémoriale reconnaissait à l'assureur maritime le bénéfice de la subrogation légale. Lorsqu'au début du xix^e siècle apparut la première en date des assurances terrestres, l'assurance contre l'incendie, les assureurs, invoquant la solution admise en matière maritime, prétendirent être subrogés légalement, et la jurisprudence leur donna tout d'abord satisfaction.

Mais cette jurisprudence ne devait pas durer, et bientôt un arrêt de la Chambre Civile du 2 mars 1829 (1) décida que

[5] (1) D. Rép. méth. v^o *Ass. terr.* n^o 247. — S. chr. 1829. 1. 95.

l'assureur ne se trouvait pas dans les conditions requises par l'art. 1251-3^e C. Civ., et ne pouvait par suite bénéficier de la subrogation légale ; la jurisprudence se fixa en ce sens. Mais la Cour Suprême, tout en rétablissant ce qu'elle croyait être la vérité juridique, s'était préoccupée du sort des assureurs dont la prétention lui paraissait légitime ; et le même arrêt de 1829 suggérait que l'assureur pourrait avoir un recours personnel en responsabilité contre l'auteur du sinistre qui l'oblige à payer.

Cette idée fut aussitôt accueillie avec empressement par la doctrine et la jurisprudence. Il faut voir là plutôt qu'une raison de principe une raison pratique. A cette époque, on n'admettait pas que la victime pût cumuler deux indemnités et la jurisprudence déclarait inapplicable la subrogation légale ; l'assureur gardait, il est vrai, la ressource de stipuler une subrogation conventionnelle, mais à défaut d'une telle clause, le responsable se serait trouvé exonéré, parce que personne n'aurait pu recourir contre lui. Le recours personnel reconnu à l'assureur permettait dans tous les cas d'éviter cette injustice. C'est surtout cette préoccupation qui fit accepter d'emblée l'idée d'un recours personnel de l'assureur. Cette jurisprudence fut consacrée par un arrêt de la Chambre Civile du 22 décembre 1852 (2), et demeura indiscutée pendant toute la seconde moitié du XIX^e siècle (3).

§ 2. — ARGUMENT.

[6] La théorie du recours personnel de l'assureur, qui dérive surtout d'une nécessité pratique, devait se justifier juridiquement. L'argument essentiel consiste à dire que l'auteur du sinistre a commis une faute et cause à l'assureur un dommage en l'obligeant à verser l'indemnité. Sans doute l'assureur aurait peut-être été obligé de payer sans la faute du tiers, mais il perd les chances qu'il avait de ne jamais payer. Dans l'assurance sur la vie, il est même certain qu'il aurait été obligé de payer tôt ou tard, mais il perd l'avantage de ne payer que plus tard, et les primes qu'il aurait encaissées dans l'intervalle. Le préjudice causé à l'assureur réside donc dans le fait que son obligation, qui était soumise à un terme incertain ou à une condition, devient exigible *hic et nunc*.

Lyon-Caen (1) voyait là l'application d'une doctrine plus générale de la Cour de Cassation, débordant le cadre de l'assurance, et visant tous les cas où la victime d'un accident possède en vertu d'un contrat ou de la loi un recours contre une per-

(2) D. 1853. 1. 93. — S. 1853. 1. 109.

(3) Voir notamment Cass. 12 août 1872, D. 1872. 1. 293 ; S. 1872. 1. 323 ; Pand. 1872. 849. — Chambéry, 5 février 1881, D. 1882. 2. 238 ; S. 1882. 2. 104 ; Pand. 1882. 1. 574.

[6] (1) Note S. 1911. 1. 545.

sonne autre que l'auteur de l'accident. Il s'agit surtout des pensions versées par les administrations publiques aux fonctionnaires et aux militaires ; l'incidence de ces pensions avec les règles de la responsabilité soulève en effet des problèmes analogues à ceux qui se posent en matière d'assurance. La personne qui se trouve ainsi obligée de compenser le dommage causé par un tiers souffre un préjudice personnel et peut réclamer à ce tiers des dommages-intérêts. On fait remarquer en ce sens que les articles 1382 et suivants sont conçus en termes très généraux, et que l'auteur d'un délit est responsable vis-à-vis de tous ceux auxquels il a causé un préjudice quel qu'il soit.

C'est là un aspect d'une tendance générale de la doctrine et de la jurisprudence à étendre l'application des art. 1382 et suivants en multipliant les cas de responsabilité, sauf à limiter en compensation le montant des dommages-intérêts accordés.

§ 3. — DÉCLIN DE LA THÉORIE.

[7] Pendant très longtemps le recours personnel de l'assureur s'appliqua seulement aux assurances de dommages, les seules qui fussent alors connues, et il ne rencontra pas de difficultés. Mais vers la fin du xix^e siècle, on assiste au développement rapide des assurances de personnes, et le même problème se posa à leur sujet. Un arrêt de la Cour d'Assises du Jura du 28 juin 1884 (1) admit le recours personnel de l'assureur par analogie avec la solution admise en matière d'assurances de choses.

Mais le recours de l'assureur de personnes se heurta bientôt à de graves difficultés. En effet, le capital versé par l'assureur est fixé arbitrairement et peut être hors de proportion avec le dommage ; d'autre part, en matière d'assurances de personnes, la victime est admise à cumuler les indemnités, et le responsable pourrait ainsi se trouver exposé à un double recours. On se rendit compte qu'il était profondément injuste d'aggraver la situation du tiers responsable en vertu d'un contrat qui est pour lui *res inter alios acta*. Il y eut quelques hésitations en jurisprudence, puis un revirement complet contre le recours de l'assureur de personnes (2). Dès les premières années du xx^e siècle, la jurisprudence est fermement fixée en ce sens, et elle devait être approuvée par un arrêt de la Chambre Civile du 6 janvier 1914 (3).

Mais la doctrine restait profondément divisée. Un cou-

[7] (1) D. Jur. gén. Suppl. v^o Ass. terr. n^o 392 ; S. 1885. 2. 219 ; Pand. 1885. 1. 253.

(2) Bordeaux, 14 août 1889, Rec. Bordeaux 1889. 1. 550. — Trib. comm. Seine 27 juillet 1901, Gaz. trib. 6 sept. 1901 ; Pand. 1904. 2. 129, note COSMAO-DUMANOIR. — Amiens, 4 décembre 1902, D. 1903. 2. 313 note HITIER ; S. 1903. 2. 257 note WAHL. — Paris 27 mars 1903, mêmes références.

(3) D. 1918. 1. 57 note DUPUICH ; S. 1921. 1. 217 note E. H. PERREAU.

rant nouveau s'orientait dans le sens de la jurisprudence, avec notamment Hitier, Capitant, Chavegrin, Leproust, de Rive, Moret, Dupuich (4). Mais de nombreux auteurs résistaient encore à la jurisprudence et soutenaient l'existence du recours : Lyon-Caen, Cosmao-Dumanoir, Lefort, Couteau, Wahl, Danjon (5).

[8] La jurisprudence n'avait exclu le recours personnel de l'assureur que dans les assurances de personnes, sans parler des assurances de choses. Mais la distinction ne se justifiait pas juridiquement : on faisait remarquer que les principes sont les mêmes pour toutes les assurances, que l'assureur de dommages lui aussi a encaissé des primes et ne subit pas de véritable préjudice ; c'est pourquoi certains auteurs comme Capitant rejetaient le recours personnel pour toutes les assurances sans distinction (1). En fait d'ailleurs la question n'était plus soumise aux tribunaux à propos d'assurances de choses, peut-être parce que la solution jurisprudentielle était considérée comme implicitement étendue aux assurances de choses, mais plutôt parce que l'usage de la clause subrogatoire rendait inutile un tel recours. Aussi, c'est seulement en 1932 que la Cour de Cassation devait porter le dernier coup au système centenaire du recours personnel de l'assureur contre le responsable du sinistre (2), en l'excluant aussi des assurances de dommages.

§ 4. — LE RECOURS PERSONNEL ET LA LOI DE 1930.

9] On a parfois affirmé d'une façon trop simpliste que la question du recours personnel de l'assureur n'avait plus qu'un intérêt théorique du fait de la subrogation que lui accorde la loi de 1930. Mais il reste des cas exceptionnels où l'assureur de dommages n'est pas subrogé, et surtout l'art. 55 de la loi de 1930 refuse la subrogation à l'assureur de personnes (1). Dans tous ces cas l'assureur pourrait être tenté d'invoquer un droit personnel contre le responsable.

Or la loi de 1930 n'a pas parlé du recours personnel. Ce silence peut légitimement être interprété comme impliquant le maintien de la jurisprudence antérieure : la jurisprudence

(4) HITIER, DUPUICH, notes précitées. — CHAVEGRIN, note S. 1900. 4. 5. — CAPITANT, note D. 1906. 2. 185 et article Rev. trim. 1906. 37 sqq. — LEPROUST, thèse Bordeaux 1914. — DE RIVE, thèse Paris 1908. — MORET, thèse Paris 1913.

(5) LYON-CAEN et RENAULT, *Droit commercial*, t. VI n° 1312. — COSMAO-DUMANOIR, note Pand. 1904. 2. 129. — LEFORT, *Assurance sur la vie*, t. II p. 131. — COUTEAU, *Assurance sur la vie*, t. II n° 421. — WAHL, note S. 1903. 2. 257. — DANJON, *Droit maritime*, t. V n° 1924.

[8] (1) CAPITANT, *loc. cit.*

(2) Req. 18 avril 1932, D. H. 1932. 282 ; Gaz. Pal. 1932. 2. 107 ; Gaz. trib. 4 août 1932 ; R. g. a. t. 1932. 525 note M. P.

[9] (1) Cf. *infra*, 2^e partie. — H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité*, tome 1^{er} n° 248.

était fixée contre le recours personnel depuis vingt-cinq ans ; si le législateur avait été d'un avis contraire, il l'aurait dit explicitement. D'ailleurs les raisons que l'on invoquait avant 1930 demeurent valables. De plus, accorder à l'assureur le recours personnel serait lui permettre une véritable fraude à la loi, en lui donnant, pour les cas où la loi lui refuse la subrogation, un moyen d'arriver à un résultat à peu près équivalent (2) ; les dispositions de la loi seraient inopérantes. La loi de 1930 suppose donc le rejet du recours personnel de l'assureur ; mais comme cette solution n'est pas explicite, il reste utile de l'appuyer sur les principes du droit commun, seuls applicables aux assurances non soumises à la loi de 1930.

SECTION II

ARGUMENTS INOPÉRANTS INVOQUÉS CONTRE LE RECOURS

Le système du recours personnel de l'assureur est disparu comme il était apparu, sous la poussée de la pratique, et c'est surtout après coup que l'on s'est préoccupé d'élaborer une argumentation contre ce recours ; on a en ce sens proposé plusieurs arguments d'inégale valeur, et dont certains ne peuvent être retenus. Nous commencerons par les éliminer avant d'exposer les véritables raisons qui s'opposent au recours personnel.

§ 1^{er}. — LA RELATIVITÉ DES CONTRATS.

[10] Certains arrêts ont invoqué le principe de la relativité des contrats formulé en ces termes par l'art. 1165 c. civ. : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. » A l'égard du tiers responsable, le contrat d'assurance est *res inter alios acta* ; il ne doit donc pas lui nuire. Or si l'on accorde à l'assureur un recours personnel contre le tiers, la responsabilité de celui-ci se trouve aggravée par suite de l'existence du contrat. On rejette sur le tiers les effets du contrat, et c'est d'autant plus évident que le dommage de l'assureur est alors fixé d'après le montant de l'assurance (1).

(2) En ce sens : GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, *Code des assurances*, n° 962. — LEPARGNEUR, *Traité de droit civil* de PLANIOL et RIPERT, t. XI n° 1324. — Suzanne GRILLON, *Le tiers auteur du dommage en face de l'assureur et de l'assuré*, thèse Montpellier 1936, p. 135. — H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. 1^{er} n° 249.

[10] (1) Amiens, 4 décembre 1902, D. 1903. 2. 313, note HITIER ; S. 1903. 2. 257, note WAHL. — Paris 14 mars 1930, D. 1930. 2. 116 note BESSON ; R. g. a. t. 1930. 577 note M. P. — Req. 18 avril 1932 D. H. 1932. 282 ; Gaz. Pal. 1932. 2. 107 ; R. g. a. t. 1932. 525 note M. P.

Suzanne GRILLON, thèse précitée pp. 57 et 61.

Mais un certain nombre d'auteurs ont montré que cet argument repose sur une interprétation inexacte de l'art. 1165 (2). Le principe de la relativité des conventions ne s'applique qu'à l'exécution des obligations créées par le contrat à la charge des contractants. Les tiers ne peuvent, à part l'exception réservée de la stipulation pour autrui, réclamer l'exécution des obligations prises par les contractants, et inversement on ne peut leur réclamer l'exécution du contrat auquel ils sont étrangers.

A cela se limite le sens de l'art. 1165. Il ne signifie pas que la situation juridique créée par un contrat n'existe pas pour les tiers. L'existence d'un contrat est un fait juridique qui s'impose à tous, et l'on ne peut concevoir qu'il en soit autrement : en effet, toute la vie juridique repose sur des situations contractuelles, et elle serait impossible sans le respect par les tiers des situations ainsi établies. Il faut donc admettre les tiers à se prévaloir de l'existence d'un contrat auquel ils sont étrangers, et inversement, ils peuvent se voir opposer l'existence d'un tel contrat, car il s'agit là d'un pur fait. A l'appui de cette idée, Danjon cite toute une série de cas où des situations contractuelles s'imposent aux tiers (3) : ce sont des applications d'un principe général. De ce principe il découle que les tiers doivent s'abstenir de tout acte qui serait de nature à aggraver la situation de l'une des parties contractantes (4) ; si un préjudice est causé de cette manière, il donne droit à réparation. Le principe de la relativité des conventions ne s'oppose donc pas au recours personnel de l'assureur.

§ 2. — LE CARACTÈRE INDIRECT DU PRÉJUDICE.

[11] La responsabilité civile requiert trois conditions essentielles : une faute du défendeur, un préjudice subi par le demandeur, et un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Dans le cas qui nous occupe, il y a bien faute de l'auteur du dommage et préjudice pour l'assureur, ou du moins on le suppose. Mais la faute est-elle bien la cause du dommage ? Certains auteurs l'ont contesté et ont cru y voir la véritable raison de refuser à l'assureur un recours personnel : l'obligation de l'assureur trouve sa cause non pas dans l'accident, mais dans le contrat, et l'accident n'est que l'occasion qui fait jouer la clause du contrat. Par suite, il manque le lien de causalité indispensable ; il s'agit d'un préjudice indirect, qui ne peut donner lieu à réparation (1).

(2) WAHL, note précitée. — DANJON, *Traité de droit maritime*, t. V n° 1924. — H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. 1^{er} n° 144-3° et 253.

(3) *Op. cit.* t. V n° 1924 pp. 419-421.

(4) E. H. PERREAU, *Examen doctrinal*, Rev. crit. 1902. 414.

[11] (1) En ce sens : Trib. comm. Seine 4 avril 1903, Gaz. trib. 10 mai 1903 ; Pand.

Remarquons dès l'abord que cet argument nous place sur un terrain mouvant, car le problème du lien de causalité et du préjudice indirect est un des plus controversés en matière de responsabilité, et de nombreux critères ont été proposés pour distinguer le dommage direct du dommage indirect. L'argument suppose d'une part que le dommage éprouvé par l'assureur est un dommage indirect, et d'autre part que le dommage indirect ne donne pas lieu à réparation ; or ces deux points sont l'un et l'autre très discutables.

Nous n'entreprendrons pas d'exposer en détail les controverses qui se sont agitées sur ce point : ce serait déborder le cadre de notre étude (2). Nous nous contenterons de nous référer aux principes lentement dégagés par la jurisprudence pour assigner à la responsabilité une limite raisonnable, principes qui nous semblent inspirés de modération et de bon sens. En réalité, il se pose un double problème :

[12] a) Le dommage subi par l'assureur est la conséquence de deux faits : l'existence du contrat d'assurance et la faute de l'auteur du sinistre. Lequel doit être considéré comme la véritable cause du dommage ? Dans des cas de ce genre, la jurisprudence applique la théorie dite de l'équivalence des conditions : les événements qui se sont succédé ont au point de vue causal la même importance si, un seul d'entre eux étant supprimé, le dommage ne se serait pas produit. Si parmi ces événements un seul constitue une faute, l'auteur en est responsable, car sans cette faute, il n'y aurait pas eu de dommage (1). C'est bien le cas avec l'assurance, puisque sans la faute du tiers auteur du sinistre, l'assureur n'aurait pas payé ou n'aurait payé que plus tard. Cette faute peut donc bien être considérée comme la cause du dommage de l'assureur.

[13] b) Cette faute a été la source de plusieurs dommages : elle a produit le sinistre et le sinistre a entraîné l'obligation de l'assureur. Ce dommage au second degré donne-t-il lieu à réparation ? La question est très discutée de savoir s'il faut appliquer en matière délictuelle la règle de l'art. 1151 C. Civ.

1904. 2. 134 ; Rec. pér. ass. 1903. 232. — RIPERT, *Examen doctrinal*, Rev. crit. 1911. 152 ; notes D. 1921. 2. 17 et D. 1928. 2. 41 ; *Droit maritime*, tome III n° 2796. — SENS-OLIVE, *conclusions* D. 1934. 1. 59. — MARRET, thèse Paris 1934, pp. 97-113. — note signée M. P., R. g. a. t. 1936. 789. — (Le *Traité* de PICARD et BESSON, t. II n° 293 est beaucoup plus hésitant). — En Belgique : David CYFER, Rev. gén. ass. resp. 1931. 732¹.

(2) Voir sur ce point : H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité*, t. II n° 1666 à 1678. — MARTEAU, *La causalité dans la responsabilité civile*, thèse Aix 1914. — Marthe FILIPPI, *Le préjudice indirect*, thèse Lille 1933. — MARRET, thèse Paris 1934, pp. 97-113.

[12] (1) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. II, n° 1439-1442. — MARTEAU, *op. cit.* p. 176. — DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. IV, n° 367 sqq.

limitant en matière contractuelle la responsabilité au dommage direct. On ne peut l'appliquer intégralement, car elle restreindrait à l'excès le champ d'application de la responsabilité ; cette restriction se justifie en matière contractuelle par les prévisions des contractants, elle ne se justifierait pas en matière délictuelle. Mais on ne peut davantage admettre la réparation indéfinie des conséquences les plus éloignées de la faute, comme le prouve l'exemple célèbre de Pothier (1) : un marchand de bestiaux vend une vache pestiférée ; le troupeau de l'acheteur est contaminé et périt en entier ; l'acheteur ruiné ne peut payer ses créanciers ; ses biens sont saisis et vendus à vil prix. Il est indispensable de limiter la liste des dommages réparables.

Aussi la jurisprudence adopte une solution moyenne : elle limite en principe la responsabilité au préjudice direct, mais interprète cette notion de préjudice direct beaucoup plus largement qu'en matière contractuelle. Dans quels cas le préjudice sera-t-il considéré comme direct ? C'est une question d'espèces, sur laquelle le contrôle de la Cour de Cassation peut difficilement s'exercer pour dégager un principe général ; on note cependant une tendance des arrêts à considérer comme direct le préjudice qui, une fois la faute commise, doit en résulter de façon inéluctable. Il en est ainsi du préjudice causé à l'assureur : dès le moment où le sinistre est réalisé, l'assureur se trouve inévitablement obligé de payer. C'est d'ailleurs ce qu'admet une jurisprudence bien établie des chambres civiles de la Cour de Cassation dans le cas analogue des administrations publiques tenues de verser une pension aux fonctionnaires victimes d'un accident.

Ainsi le prétendu caractère indirect du préjudice ne peut, pas plus que la relativité des contrats, fournir un argument valable contre le recours personnel de l'assureur (2).

§ 3. — LES DIFFICULTÉS POUR FIXER LE MONTANT DU RECOURS.

[14] Les décisions de jurisprudence et les auteurs qui ont admis le recours personnel se sont heurtés à de graves difficultés pratiques lorsqu'il s'est agi de fixer le montant de ce recours, et de nombreux systèmes ont été proposés, dont aucun n'a donné entière satisfaction.

On adopta d'abord la solution la plus simple : l'assureur a le droit de réclamer au responsable le montant de la somme qu'il s'est trouvé dans l'obligation de payer et qui représente par conséquent son préjudice. Ce système fut pratiqué pendant

[13] (1) *Obligations*, n° 166-167.

(2) Dans le même sens, notamment : DANJON, *op. cit.*, t. V n° 1922-1923. — H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. 1^{er} n° 252.

longtemps, car avec les assurances de choses, il ne présentait pas d'inconvénients. Mais lorsqu'on voulut l'appliquer aux assurances de personnes, il apparut inique. En effet, ce que paie l'assureur, c'est la valeur-assurance de la victime, qui est essentiellement arbitraire, et peut être très supérieure au dommage réel. Certains auteurs, partisans du recours jusque dans ses conséquences les plus exorbitantes, ne se sont pas arrêtés à cette difficulté (1).

La jurisprudence essaya d'y remédier en limitant le recours au dommage réel (2). Mais l'illogisme de cette solution était évident : dès lors qu'il s'agissait d'un recours personnel de l'assureur, il fallait tenir compte non pas du préjudice de la victime, mais de celui de l'assureur, et ce préjudice est en fonction de la somme qu'il verse.

On se rendit compte aussi que même dans les assurances de dommages le remboursement de l'indemnité d'assurance était trop favorable à l'assureur, puisque le sinistre ne lui causait finalement aucune perte, et qu'il avait néanmoins encaissé les primes. Aussi certains auteurs et notamment Demogue (3) ont suggéré de déduire les primes perçues. Solution purement empirique, et qui ne pouvait se justifier juridiquement : en effet elle aboutissait à tout rétablir comme s'il n'y avait pas eu de contrat d'assurance, à faire fictivement abstraction de ce contrat, alors qu'il avait eu avant le sinistre une existence réelle.

[15] En réalité ces divers systèmes sont erronés à la base en ce qu'ils suppriment le risque pour l'assureur : ils évaluent le préjudice comme si l'assureur avait été certain de ne pas payer ; or l'assureur a perdu non pas la certitude, mais seulement la chance de ne pas payer ou de ne payer que plus tard. Pour apprécier le préjudice causé à l'assureur, il faut donc déterminer la valeur de ces chances. Dans l'assurance sur la vie, on déterminera au moyen des tables de mortalité quelle aurait été la durée probable de la vie de l'assuré, et l'on calculera quels bénéfices l'assureur aurait réalisés pendant ce temps avec les primes et les intérêts du capital (1). Il y a là une part d'arbitraire inévitable. Mais l'appréciation des chances perdues est encore beaucoup plus difficile et plus arbitraire dans les autres assurances, où le sinistre aurait pu ne jamais arriver.

[14] (1) LEFORT, *Traité du contrat d'ass. sur la vie*, t. 1^{er} p. 132.

(2) Caen 11 août 1868, Journ. Ass. 1870. 54 ; BONNEVILLE DE MARSANGY, *Jurisp. gén. des ass.* 2^e partie p. 355. — Paris 10 juillet 1893, D. 1894. 2. 505 note DUPUICH, Rec. pér. ass. 1893. 505.

Dans le même sens : DANJON, *op. cit.*, t. V n° 1926, qui justifie cette solution par l'art. 1165 : on ne peut opposer au tiers le montant du capital fixé arbitrairement par la convention des parties.

(3) *Op. cit.* t. IV n° 624.

[15] (1) E. H. PERREAU, *Examen doctrinal*, Rev. crit. 1902. 418.

C'est pourtant le seul système qui serait juridiquement acceptable, car s'il y a préjudice pour l'assureur, il ne peut consister que dans la perte de ces chances.

Telles sont les graves difficultés que l'on rencontre pour déterminer le montant du recours de l'assureur. Certains auteurs ont voulu y trouver un argument contre ce recours (2) : si le préjudice ne peut être évalué, c'est qu'il n'existe pas. Il y a là une exagération : l'estimation des chances est difficile, mais elle n'est pas impossible, et une difficulté pratique ne peut jamais constituer une objection de droit. De telles considérations peuvent tout au plus constituer une présomption défavorable contre le recours et venir à l'appui de l'argumentation proprement juridique qu'il nous reste à établir.

SECTION III

VÉRITABLE ARGUMENT CONTRE LE RECOURS : ANALYSE DU CONTRAT

[16] Ce n'est pas sur le terrain de la responsabilité, mais plutôt sur celui de l'assurance qu'il faut se placer pour rejeter le recours personnel de l'assureur ; en effet, l'analyse approfondie du mécanisme du contrat permet de se rendre compte que l'assureur qui paie l'indemnité promise ne souffre pas de véritable préjudice : il a conclu un contrat aléatoire par lequel il a accepté d'avance le risque qui se réalise, et l'indemnité qu'il se trouve obligé de payer n'est que la contrepartie des primes qu'il a encaissées.

§ 1^{er}. — LE CARACTÈRE ALÉATOIRE DU CONTRAT.

L'assurance est un contrat essentiellement aléatoire. Les contractants savent de façon certaine que les prestations qu'ils se promettent ne seront pas équivalentes : si le sinistre se réalise, l'assuré recevra une indemnité bien supérieure au total des primes qu'il aura versées ; si au contraire le sinistre ne se réalise pas, il aura versé des primes inutilement. L'un y gagnera, l'autre y perdra ; mais lequel et combien ? c'est le hasard qui en décidera. L'arrivée du sinistre rentre donc dans les prévisions du contrat ; elle constitue pour l'assureur le jeu normal d'un risque prévu, évalué et accepté.

A cela on pourrait être tenté d'objecter que le sort du contrat aléatoire est précisément remis au hasard, et que la faute du tiers vient modifier l'ordre naturel des événements.

(2) En particulier HITIER, note D. 1903. 2. 314. — Suzanne GRILLON, *op. cit.* pp. 38-39.

Ce serait oublier la portée du contrat. De deux choses l'une : ou bien l'assureur a exclu de sa garantie le risque du fait d'un tiers ; alors il ne doit pas l'indemnité et la question ne se pose pas. Ou bien, comme c'est l'habitude, il a garanti contre tous les risques, et alors il a par le fait même assimilé le fait d'un tiers au jeu des forces naturelles.

Le recours personnel accordé à l'assureur supprimerait donc pour lui le risque qu'il a accepté ; il détruirait ainsi l'équilibre du contrat en procurant à l'assureur un bénéfice purement gratuit. Danjon objecte ici que l'assureur ne se trouve pas déchargé de tout risque : il reste le risque provenant des forces naturelles, et même, en cas de fait d'un tiers, le risque d'impossibilité de prouver la faute, et celui d'insolvabilité du tiers (1). Mais, comme nous venons de le montrer, le contrat assimile toutes les causes du sinistre ; il n'y a pas de raison d'opérer ensuite une distinction.

[17] L'assureur n'a pas le droit de se plaindre parce qu'il s'est volontairement exposé au dommage ; il n'est pas dû réparation à celui qui s'est ainsi exposé. Danjon s'est élevé aussi contre cette idée en affirmant qu'elle restreindrait à l'excès le champ d'application de la responsabilité (1) : on pourrait l'opposer au voyageur accidenté qui s'était exposé aux dangers d'une voiture ou d'un navire. Mais le voyageur ne s'expose pas au risque délibérément ; il s'y résigne faute de disposer d'un moyen de transport sans risque, et d'ailleurs plus ou moins inconsciemment. Le contrat de transport n'est pas un contrat aléatoire. La comparaison ne peut être soutenue avec l'assureur qui recherche les risques pour en faire l'objet de son commerce. Dans le contrat de transport, le risque est un élément secondaire, accessoire ; dans le contrat d'assurance il est l'élément essentiel. Nous préférons la comparaison suggérée par M^{lle} Grillon, qui fait remarquer qu'un parieur aux courses qui a perdu ne saurait se prévaloir d'une faute du jockey (2).

Et nous croyons pouvoir conclure que le caractère essentiellement aléatoire de l'assurance exclut la notion de préjudice pour l'assureur qui paie l'indemnité promise.

§ 2. — L'INDEMNITÉ D'ASSURANCE EST LA CONTREPARTIE DES PRIMES.

[18] C'est encore plus certain si l'on considère que l'indemnité est couverte à l'avance par les primes perçues et n'en est que

[16], (1) *Op. cit.* tome V n° 1924.

[17], (1) *Op. cit.* t. V n° 1924.

(2) Thèse précitée p. 62.

la contrepartie (1). Sans doute elle est plus élevée que le total des primes, mais elle était incertaine, et l'assureur en contractant l'a considérée comme équivalente. Cette idée de l'équivalence entre les primes et l'indemnité apparaît d'ailleurs plus nettement si l'on replace le contrat dans l'ensemble des opérations d'assurance. L'assurance est fondée sur le système de la mutualité et consiste à répartir sur un grand nombre les dommages subis par quelques-uns ; c'est l'ensemble des sinistres qui est couvert par l'ensemble des primes reçues de tous les assurés. Ainsi le capital versé par la compagnie d'assurance à l'occasion d'un sinistre déterminé n'est pas pris sur son capital social, mais sur le produit des primes. S'il y a préjudice pour l'assureur, si l'ensemble des opérations se solde par une perte, ce ne peut être que d'un point de vue technique, parce que l'assureur a mal calculé ses primes.

[19] Ici encore, plusieurs objections ont été soulevées, notamment par Danjon (1), qui ne nous retiendront pas longtemps :

1°) Si l'assurance fonctionne avec cette précision mathématique, où est le caractère aléatoire ? Mais la précision mathématique s'applique à l'ensemble des opérations d'assurance : elle n'exclut pas le caractère aléatoire de chaque contrat considéré en particulier.

2°) L'impunité dont jouiraient les tiers multiplierait les sinistres, et la concordance entre primes et indemnités se trouverait détruite. Cette objection suppose le non-cumul des indemnités et la disparition du recours de l'assuré : mais nous verrons que le cumul des indemnités est maintenant généralement admis.

3°) Les primes sont calculées de manière à laisser aux assureurs un bénéfice ; la privation de ce bénéfice légitime serait pour eux une perte. Mais puisque l'assureur a compris dans sa garantie le fait d'un tiers, ce fait ne porte pas atteinte au bénéfice prévu.

Une objection plus sérieuse a été présentée par Wahl (2) : l'assureur a pu faire entrer dans le calcul des primes l'éventualité d'un recours contre un tiers ; c'est exact, mais d'abord il faudrait qu'il le prouve ; de plus, il y aura dans ce cas une cession de droits au moins présumée, et la question du recours personnel ne se posera pas.

Il reste donc certain que l'assureur ne subit pas de véri-

[18] (1) Req. 18 avril 1932., D. H. 1932. 282 Gaz. Pal. 1932. 2. 107 ; R. g. a. t. 1932. 525, note M. P.

[19] (1) *Op. cit.*, tome V n° 1924.

(2) Note S. 1903. 2. 257.

table préjudice parce que l'indemnité qu'il paie n'est que la contrepartie des primes.

§ 3. — COMPARAISON AVEC LE CAS DES ADMINISTRATIONS DÉBITRICES DE PENSIONS.

[20] Les raisons que nous venons d'exposer pour justifier le refus à l'assureur d'un recours personnel en responsabilité expliquent en même temps pourquoi la jurisprudence adopte une solution opposée à l'égard des administrations obligées de verser une pension d'invalidité à la suite d'un accident. En effet, malgré les apparences, la situation est totalement différente. Il n'y a pas de contrat aléatoire entre l'administration et le fonctionnaire. Le droit à pension est seulement un élément accessoire du statut du fonctionnaire. L'administration ne fait pas profession de garantir les risques d'accidents et de servir des pensions. Le régime des pensions est limité à un nombre restreint de personnes ; il ne peut exister en dehors du statut auquel il est attaché ; au contraire, les assureurs recherchent le plus grand nombre possible de risques à assurer.

D'autre part les arrérages de la pension ne sont pas couverts à l'avance par une contrepartie analogue aux primes d'assurance. Sans doute il y a des retenues sur les traitements, mais elles ne sont pas en proportion des pensions ; celles-ci ne peuvent être alimentées par le produit des retenues.

Pour toutes ces raisons, la Chambre Civile et la Chambre des Requêtes estiment que l'administration obligée de verser une pension à la suite de la faute d'un tiers subit un véritable préjudice personnel. Mais cette opinion n'est pas unanime, et la Chambre Criminelle approuvée par certains auteurs (1) maintient une jurisprudence contraire (2).

SECTION IV

TENTATIVE FAITE POUR FONDER LE RECOURS PERSONNEL
SUR LA GESTION D'AFFAIRES
OU L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

[21] Pardessus, traitant le problème en matière maritime, indiquait trois fondements possibles pour le recours personnel de l'assureur : la responsabilité délictuelle, l'enrichissement

[20] (1) GAUTHIER, thèse précitée, p. 160.

(2) Voir H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. 1^{er} n° 266-271, avec de très abondantes références à la jurisprudence.

sans cause et la gestion d'affaires (1). Mais si l'idée de la responsabilité délictuelle a soulevé d'interminables controverses, les deux autres, au contraire, ne semblent guère avoir trouvé d'écho (2).

Elles reposent sur le principe du non-cumul des indemnités, d'après lequel le paiement d'une indemnité d'assurance libère à due concurrence le responsable à l'égard de la victime. Dans ces conditions, l'assureur peut sembler avoir payé pour le compte du responsable : d'où l'idée d'une gestion d'affaires qui lui donnerait un recours pour se faire rembourser. D'autre part l'opération ainsi comprise appauvrit l'assureur en enrichissant le tiers responsable, au moins sous la forme de l'enrichissement en moins dépensant ; elle pourrait ainsi donner lieu à une action de *in rem verso*.

Mais nous montrerons au chapitre suivant que le principe du non-cumul des indemnités qui fut admis pendant très longtemps était une erreur, et provenait d'une mauvaise interprétation du caractère indemnitaire des assurances de dommages. L'existence du contrat d'assurance n'exonère pas le tiers responsable ; celui-ci n'y trouve donc aucun avantage dont il y ait lieu de lui demander compte par l'action de gestion d'affaire ou l'action de *in rem verso*.

Ainsi nous pouvons conclure d'une façon générale que l'assureur qui a versé une indemnité d'assurance, ne dispose pour ce fait d'aucun recours à titre personnel contre l'auteur responsable du sinistre. Celui-ci reste seulement exposé au recours en responsabilité qui appartient de droit commun à la victime. C'est de ce recours qu'il nous faut nous occuper maintenant, en recherchant dans quelle mesure il pourra s'exercer (c'est le problème du cumul des indemnités), et qui l'exercera (c'est le problème de la subrogation).

[21] (1) *Cours de droit commercial*, n° 595-50.

(2) Opinion favorable : COSMAO-DUMANOIR, note Pand. 1904. 2. 130 ; opinion défavorable : MARRET, thèse précitée, pp. 177-184. — Suzanne GRILLON, thèse précitée, pp. 34-35.

CHAPITRE II

POSSIBILITÉ DU CUMUL DES INDEMNITÉS D'ASSURANCE ET DE RESPONSABILITÉ

[22] Dans tous les cas où le sinistre qui fait l'objet d'un contrat d'assurance se produit par la faute d'un tiers, la victime du sinistre se trouve titulaire de deux actions à la fois : l'action en responsabilité délictuelle que lui confère le droit commun contre l'auteur du dommage, et l'action en garantie dérivant du contrat, contre l'assureur. La victime peut certainement exercer l'une ou l'autre action à son choix ; mais il faut se demander si elle peut exercer les deux, et cumuler ainsi les indemnités : c'est un aspect d'un problème plus vaste dit du cumul des indemnités, qui se pose toutes les fois qu'un même dommage ouvre le droit à plusieurs indemnités (1). Le problème est susceptible de solutions différentes suivant la nature des droits en présence, et nous l'étudierons seulement dans les rapports de l'assurance et de la responsabilité.

Il peut arriver que l'indemnité due par l'assureur soit inférieure au dommage subi. Dans les assurances de personnes, en effet, le capital assuré est totalement indépendant du dommage ; et le cas sera surtout fréquent dans les assurances de dommages, où l'indemnité ne peut être supérieure au préjudice, mais peut lui être inférieure si l'assurance est insuffisante. Alors il ne fait de doute pour personne que la victime peut réclamer au responsable la réparation du dommage non couvert par l'assurance : c'est ce qu'on appelle le cumul à due concurrence. Inversement, lorsque l'indemnité d'assurance est supérieure au dommage, l'assuré a certainement le droit de recevoir au moins le montant de l'indemnité qui résulte du contrat. La question qui se pose est celle du cumul intégral :

[22] (1) Voir H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, tome 1^{er} n° 232 note 4.

l'assuré peut-il exercer ses droits au-delà de la plus élevée des deux sommes ? Nous l'étudierons en quatre sections, en recherchant d'abord comment on l'a résolue dans le passé :

SECTION 1. — La théorie ancienne du non-cumul. — Evolution historique.

SECTION 2. — Nécessité pratique du cumul. — Arguments d'équité.

SECTION 3. — Justification juridique du cumul.

SECTION 4. — Dans quelle mesure faut-il admettre le cumul :

SECTION PREMIÈRE

LA THÉORIE ANCIENNE DU NON-CUMUL ÉVOLUTION HISTORIQUE

[23] Le problème du cumul des indemnités est intimement lié à celui du recours personnel de l'assureur par une sorte de phénomène d'équilibre. En effet, il importe pratiquement que le responsable ne soit pas exonéré par suite de l'existence de l'assurance ; mais d'un autre côté, il faut éviter qu'il se trouve exposé à la fois au recours de l'assuré et à celui de l'assureur. Si l'on donne à l'assuré le droit d'agir, on est donc amené à le refuser à l'assureur, et inversement. C'est pourquoi le problème du cumul a suivi une évolution parallèle à celle du recours personnel, et nous y retrouverons en particulier le même revirement sous l'influence des assurances de personnes.

1^{re} phase : LE NON-CUMUL POSÉ EN PRINCIPE GÉNÉRAL.

[24] A l'origine, on considérait comme évident que l'assuré ne pouvait cumuler les indemnités : il est, disait-on, injuste et inadmissible que le sinistre puisse ainsi devenir pour lui une cause d'enrichissement. Déjà, sous l'ancien droit, la subrogation reconnue à l'assureur maritime empêchait pratiquement le cumul. Lorsqu'apparut l'assurance-incendie, on lui appliqua d'abord les mêmes solutions ; et lorsque la jurisprudence rejeta la subrogation légale, elle eut soin de la remplacer par le recours personnel de l'assureur, afin de sauvegarder le principe du non-cumul (1).

Pendant tout le xix^e siècle, ce principe demeura indiscuté. En plus des considérations d'équité qui lui avaient donné nais-

[24] (1) *Supra* n° 5.

sance, il s'appuyait sur deux arguments d'ordre juridique qui, il faut le reconnaître, paraissaient sérieux :

a) L'un se place sur le terrain de la responsabilité : celle-ci suppose un préjudice ; or, dans la mesure où il a été réparé par l'assureur, le préjudice n'existe plus. Le recours de l'assuré manque de base. La réparation doit replacer la victime dans sa situation antérieure, sans rien de plus. C'est l'accident qui donne lieu au paiement de l'indemnité d'assurance ; le préjudice doit être apprécié en tenant compte de cet élément.

b) L'autre argument invoque les principes de l'assurance : l'assurance est un contrat d'indemnité, c'est-à-dire que l'assuré ne doit pas recevoir plus que le dommage.

Mais la pratique était illogique, car elle admettait la validité de la clause subrogatoire : comment l'assuré pouvait-il transmettre à l'assureur une action qui ne lui appartenait pas ? (2) La jurisprudence se trouvait assez embarrassée pour justifier la clause subrogatoire : il lui fallait au moins reconnaître à l'assuré un droit théorique qu'on ne lui donnait que pour lui permettre de le céder. Au fond, comme l'a précisé Demogue (3), le système du non-cumul ne contestait pas l'existence théorique des droits de l'assuré contre le tiers ; il s'agissait seulement de lui en interdire l'exercice à son profit.

2^e phase : ADMISSION DU CUMUL DANS LES ASSURANCES DE PERSONNES.

[25] L'aspect du problème devait changer au début du xx^e siècle avec l'apparition des assurances de personnes : la technique particulière de ces assurances fit apparaître les vices du système du recours personnel de l'assureur, et la jurisprudence le rejeta en matière d'assurances de personnes (1). Mais elle se trouva ainsi amenée à reconsidérer la question du cumul. Il était impossible que le responsable se trouvât exonéré ; puisque la subrogation légale n'était pas admise, et la clause subrogatoire inusitée dans ces sortes d'assurances, il fallait laisser à l'assuré l'exercice de son recours, et par suite le bénéfice du cumul des indemnités (2). En doctrine, Capitant fut le précurseur convaincu de la tendance nouvelle (3). Ainsi le principe du non-cumul avait fait admettre le recours personnel ; inversement l'abandon du recours personnel faisait revenir au système du cumul.

(2) CAPITANT, *op. cit.* Rev. trim. 1906. 57.

(3) Rev. trim. 1924. 681.

[25] (1) Cf. *supra* n° 7.

(2) Amiens 4 décembre 1902, D. 1903. 2. 313 note HITIER ; S. 1903. 2. 257 note WAHL ; Pand. 1904. 2. 129 note COSMAO-DUMANOIR. — Paris 21 mars 1905, D. 1906. 2. 185 note CAPITANT ; S. 1905. 2. 270 ; Le Droit 7 juin 1905.

(3) Article précité, Rev. trim. 1906, 37 sqq. et note D. 1906. 2. 185.

Mais, sauf par quelques auteurs plus audacieux comme Capitant, le cumul des indemnités n'était admis que pour les assurances de personnes, à l'exclusion des assurances de dommages. Il fallait justifier cette distinction en écartant des assurances de personnes les deux arguments qui avaient jusqu'alors étayé le système du non-cumul (4). Le principe indemnitaire ne s'applique pas aux assurances de personnes, puisque le capital assuré peut être supérieur au dommage ; à plus forte raison l'assuré peut recevoir plus que le dommage grâce à une créance indépendante. D'autre part, puisque le capital assuré est fixé arbitrairement et n'a pas le caractère d'une indemnité, il ne répare pas vraiment le préjudice ; celui-ci subsiste en entier et doit être réparé par le responsable. L'idée était donc essentiellement la suivante : le cumul est permis dans les assurances de personnes parce qu'elles n'ont pas le caractère indemnitaire ; il est interdit dans les assurances de choses parce qu'elles ont le caractère indemnitaire.

3^e phase : EXTENSION DU CUMUL A TOUTES LES ASSURANCES.

[26] Le seul obstacle au cumul des indemnités dans les assurances de dommages restait donc le caractère indemnitaire. Depuis quelques années la jurisprudence tendait timidement à introduire le cumul des indemnités au moins dans l'assurance de transport (1). L'obstacle devait être levé peu avant la loi de 1930 par M. Weens qui, dans sa thèse intitulée *Du principe que l'assurance de choses est un contrat d'indemnité* (2), proposa une lumineuse interprétation du caractère indemnitaire, le ramena dans ses justes limites, et prouva qu'il ne s'opposait nullement au cumul des indemnités (3). Dès l'année suivante, la Cour de cassation (4) proclamait nettement le principe du cumul en matière d'assurances de choses.

[27] Vint alors la loi de 1930. Elle ne tranche pas explicitement la question. Elle reconnaît l'existence théorique du recours de l'assuré, puisqu'elle le transmet à l'assureur ; mais l'idée n'est pas nouvelle, et là n'est pas le point litigieux : il s'agit de savoir si l'assuré peut exercer ses droits. Or, sur ce point, on pourrait être tenté de croire que la loi revient au système antérieur, puisque l'art. 36 subroge l'assureur de dommages dans les droits de l'assuré contre les tiers, tandis que l'art. 55 refuse la subrogation à l'assureur de personnes ; l'art.

(4) Ci-dessus n° 24.

[26] (1) Voir les arrêts cités par WEENS, thèse citée ci-dessous n° 267 *in fine*.

(2) Paris, 1927.

(3) N° 253 à 268. — Cf. *infra* n° 36-37.

(4) Req. 27 mars 1928 (2 arrêts), D. H. 1928. 272 ; S. 1928. 1. 257, note HUGUENEY.

36 semble en effet rendre le cumul impossible au moins pratiquement puisque l'assuré ne peut exercer lui-même ses droits. Mais il faut remarquer que l'art. 36 n'est pas impératif, et que l'assuré peut stipuler une renonciation de l'assureur à la subrogation ; une telle renonciation sera rare, mais elle est possible. Et rien dans la loi de 1930 ne permet de dire que dans de tels cas elle s'oppose au cumul des indemnités (1). D'ailleurs la loi de 1930 ne régit pas toutes les assurances. Il faut donc ici encore, comme pour le recours personnel, résoudre la question en fonction des principes généraux. Pour cela, nous montrerons d'abord la nécessité pratique du cumul, avant d'en rechercher la justification juridique.

SECTION II

NÉCESSITÉ PRATIQUE DU CUMUL ARGUMENTS D'ÉQUITÉ

[28] Nous avons établi précédemment (1) que l'assureur n'a aucun recours personnel contre l'auteur du sinistre. Dans certains cas, il ne peut non plus exercer les droits de son assuré, et cela non seulement dans les assurances de personnes où la pratique a toujours été en ce sens, mais aussi parfois dans les assurances de dommages. Il s'agit de savoir si l'assuré peut alors exercer lui-même le recours que lui confère le droit commun et cumuler ainsi les indemnités. Examinons d'abord la question au point de vue de l'équité.

A. — A l'origine, on estimait qu'il serait injuste que l'assuré puisse ainsi recevoir deux indemnités et s'enrichir à l'occasion du sinistre. C'était une erreur. Il faut considérer que les deux indemnités procèdent de causes différentes et sont indépendantes l'une de l'autre. L'avantage procuré par l'assurance résulte de la convention ; il a été acquis à titre onéreux puisqu'il est la contrepartie des primes payées. Le bénéfice réalisé par l'assuré se trouve légitimé par son acte de prévoyance (2). Comme l'exprimait vigoureusement M. Hugueney (3), il n'y a rien d'immoral à toucher des deux mains lorsqu'on a versé des deux mains.

Bien loin que le cumul soit injuste, c'est au contraire le non-cumul qui est injuste, comme le prouvent les considérations suivantes :

[27] (1) En ce sens, H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* tome 1^{er} n° 236.

[28] (1) Chap. 1^{er}.

(2) MARRET, thèse précitée p. 10. — GAUTHIER, thèse précitée p. 20-22.

(3) Note S. 1928. 1. 257.

[29] B. — Si l'on déduit l'indemnité d'assurance des dommages-intérêts dus par le responsable, l'obligation de celui-ci se trouve diminuée ou même annulée. Ainsi la prévoyance de l'assuré profiterait au responsable qui réparerait avec l'argent du souscripteur de l'assurance, c'est-à-dire le plus souvent de la victime elle-même (1). Or, dans le cas où la victime reçoit d'un tiers une prestation bénévole à l'occasion d'un accident, on a toujours considéré comme évident que cette prestation ne doit pas être déduite du dommage, parce que pratiquement le responsable réparerait avec l'argent d'autrui (2). Si l'on n'admet pas qu'il répare avec l'argent d'autrui, comment pourrait-on admettre qu'il répare avec l'argent de sa victime ?

[30] C. — Non seulement la prévoyance de l'assuré profiterait au tiers, mais elle se retournerait contre l'assuré lui-même. En effet, il garde la charge des primes qu'il a payées ; s'il ne s'était pas assuré, il aurait reçu du responsable la réparation du dommage, et n'aurait pas déboursé les primes. Il est moins bien traité que l'homme imprudent qui ne s'est pas assuré ; sa prévoyance se trouve pénalisée (1).

A cela on a parfois objecté que la prime n'a pas été payée inutilement, qu'elle est le prix de la sécurité dont a joui l'assuré et qui couvrirait d'autres risques : la force majeure, l'insolvabilité du responsable, l'impossibilité de prouver la faute, les frais du procès (2). Mais l'objection est inopérante : il y a une fraction de la prime qui correspond au risque réalisé, et cette fraction au moins a été versée en pure perte.

Demogue a proposé d'éviter cette injustice en permettant à l'assuré d'exiger du tiers le remboursement des primes (3). Mais MM. Picard et Besson ont condamné ce système en montrant qu'il pouvait conduire à des difficultés insolubles (4). D'ailleurs il ne se justifie pas juridiquement : il aboutirait en quelque sorte à substituer fictivement et rétroactivement à l'assurance de choses contractée par la victime une assurance de responsabilité contractée par le tiers responsable, puisque celui-ci n'aurait à déboursier que des primes. Or on ne voit pas de quel droit cette substitution.

[29] (1) PICARD et BESSON, *Traité général des ass. terr.* t. II n° 297 et t. IV n° 8. — GAUTHIER, thèse p. 138.

Voir aussi trib. féd. Suisse 18 mai 1938, R. g. a. t. 1939. 771 et note conforme signée W. S.

(2) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* tome 1^{er} n° 271.

[30] (1) CAPITANT, *Rev. trim.* 1906. 56-57 et note D. 1932. 1. 155. — ESMEIN, note S. 1925. 1. 9.

En Belgique, David CYFER, article *Rev. gén. ass. resp.* 1931. 732.

(2) DANJON, *op. cit.*, tome V n° 1918 note 2. — DEMOGUE, *op. cit.*, tome IV n° 619. — MARRET, thèse pp. 25-26.

(3) *Op. cit.* tome IV n° 619.

(4) *Op. cit.* tome II n° 297.

[31] D. — Enfin, privé du droit de cumuler les indemnités, l'assuré serait victime de sa franchise ; en effet le responsable ne peut connaître l'existence de l'assurance que par une déclaration de l'assuré, et rien n'oblige l'assuré à une telle déclaration (1). C'est encore une conséquence pratique injuste et inacceptable.

Au point de vue de l'équité, le droit pour l'assuré de cumuler les indemnités apparaît donc indispensable. Il nous faut maintenant nous demander s'il peut se justifier en droit.

SECTION III

JUSTIFICATION JURIDIQUE DU CUMUL

Pour justifier le cumul des indemnités, on a parfois fait appel au principe de la relativité des conventions ; mais l'argument est mauvais. En réalité, c'est à la source de l'erreur qu'il faut s'attaquer, à l'ancienne interprétation du caractère indemnitaire de l'assurance.

§ 1^{er}. — ARGUMENT INOPÉRANT : LA RELATIVITÉ DES CONVENTIONS.

[32] Certains arrêts et certains auteurs (1) ont fait observer qu'en prétendant déduire l'indemnité d'assurance de sa dette de dommages-intérêts, le responsable invoque le contrat d'assurance qui est pour lui *res inter alios acta* ; c'est donc contraire à l'art. 1165 c. civ.

Nous retrouvons ici l'erreur déjà rencontrée à propos du recours personnel (2). L'art. 1165 interdit seulement aux tiers de réclamer l'exécution du contrat ; or le tiers ne se prévaut pas des stipulations du contrat, mais d'un fait : le contrat existe et il a été exécuté ; le dommage est réparé. L'art. 1165 ne s'y oppose pas (3). Il est bien d'autres cas où l'on tient compte d'un contrat passé par la victime pour fixer l'étendue du dommage : si par exemple un accident blesse une personne qui gagnait un traitement très élevé, on tiendra compte de cette circonstance qui aggrave le dommage. Il n'y aurait pas

[31] (1) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. 1^{er} n° 243. — GAUTHIER, thèse p. 138.

[32] (1) Req. 27 mars 1928 (2 arrêts), D. H. 1928. 272 ; S. 1928. 1. 257. — CAPITANT, article Rev. trim. 1906. 56 et note D. 1906. 2. 186. — LEPARGNEUR, *Traité de PLANTOL* et RIPERT, t. XI, n° 1325.

(2) Cf. *supra* n° 10 où la question est plus développée.

(3) DEMOGUE, Rev. trim. 1924. 681 ; *Obligations*, t. IV n° 612. — PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II n° 297. — H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. 1^{er} n° 238. — et la jurisprudence belge, notamment Cass. belge 11 avril 1929, R. g. a. t. 1931. 166 note G. D. : Rev. gén. ass. resp. 1931. 764.

de raison de procéder autrement quand la victime est assurée. Le cumul des indemnités ne peut donc se fonder sur la relativité des conventions.

§ 2. — VÉRITABLE ARGUMENT : INTERPRÉTATION DU CARACTÈRE INDEMNITAIRE.

[33] Pendant le XIX^e siècle, tant qu'on ne connut que des assurances de dommages, le contrat d'assurance était traditionnellement qualifié de contrat d'indemnité : on entendait par là que la somme versée par l'assureur a pour but de réparer les conséquences du sinistre. Dans ces conditions, il serait anormal que l'assurance contrat d'indemnité permette d'obtenir une somme supérieure au préjudice. Et l'on rattachait à ce principe les conséquences suivantes :

1°) l'assuré ne peut stipuler le paiement d'une somme supérieure au préjudice : c'est l'interdiction de la surassurance ;

2°) il ne peut non plus chercher un tel résultat par le moyen de plusieurs contrats : c'est l'interdiction des assurances cumulatives ;

3°) il ne peut cumuler l'indemnité d'assurance avec les dommages-intérêts dus par le responsable du sinistre. D'ailleurs le préjudice, dans la mesure où il est indemnisé par l'assureur, n'existe plus, et ne peut donner lieu à réparation : c'est l'interdiction du cumul des indemnités.

[34] Mais ici encore l'aspect de la question changea avec l'apparition des assurances de personnes qui suivent des règles très différentes, et auxquelles il est impossible d'attribuer le caractère indemnitaire. Dans ces assurances, en effet, le capital est fixé forfaitairement, et n'a aucun rapport avec le dommage subi ; il ne suppose même pas nécessairement l'existence du dommage ; il n'est donc pas une indemnité réparant un préjudice. Lefort semble le seul auteur qui, malgré cela et contre l'évidence, ait soutenu le caractère indemnitaire de l'assurance sur la vie (1). Pour les assurances individuelles contre les accidents, la variabilité de la somme versée en fonction de la blessure a parfois induit en erreur : mais cette somme est déterminée en fonction d'un maximum fixé arbitrairement, et peut très bien être supérieure au dommage. L'assurance contre les accidents n'a donc pas non plus le caractère indemnitaire. Comme l'assurance sur la vie, elle est un contrat de capitalisation aléatoire. D'ailleurs dans les unes et les autres, on a admis sans difficulté les assurances cumulatives et le cumul des indemnités.

[34] (1) *Traité du contrat d'assurance sur la vie*, t. 1^{er}, pp. 180-185.

Mais pendant longtemps, pour la jurisprudence et la plupart des auteurs, le caractère indemnitaire des assurances de dommages demeura un dogme intangible. On considérait en effet que le droit de l'assuré naît du dommage ; il a pour but de le réparer, de remettre le patrimoine de l'assuré dans son état antérieur, et son montant est déterminé par l'étendue du dommage. Et l'on continuait à invoquer ce caractère indemnitaire pour rejeter le cumul des indemnités en matière d'assurances de dommages. Telle fut donc la doctrine dominante pendant tout le début du xx^e siècle.

[35] Pourtant des opinions divergentes s'étaient manifestées, qui tendaient à refuser même aux assurances de dommages le caractère indemnitaire. Déjà en 1880, dans une note restée célèbre (1), Labbé avait montré que toute assurance quelle qu'elle soit est par nature un contrat de capitalisation aléatoire, elle peut prendre accessoirement le caractère indemnitaire, mais c'est là une différence de fait n'ayant aucune valeur juridique, et Labbé donnait sur ce point le rôle essentiel à la volonté des parties. Plus tard Capitant, pour justifier le cumul des indemnités, limitait le principe indemnitaire aux rapports entre l'assureur et l'assuré, et le déclarait inapplicable à l'égard des tiers (2) ; mais une telle distinction prêtait à la critique, car on conçoit mal que la nature d'un contrat puisse être différente suivant les personnes en cause.

[36] C'est M. Weens qui a mis au point la question et proposé une explication que l'on peut considérer comme définitive (1). La technique de l'assurance est la même dans tous les cas : il s'agit de compenser les risques par le système de la mutualité, c'est-à-dire en les mettant en commun. La nature du contrat est aussi unique : c'est un contrat commutatif qui procure une prestation unique et conditionnelle en échange d'une contre-prestation certaine et successive, la prime. La somme versée par l'assureur est la contrepartie des primes versées et non pas du dommage éprouvé. La prime représente la valeur du risque garanti ; elle dépend donc d'une part de la probabilité du sinistre, et d'autre part du capital assuré. L'assurance repose sur le principe fondamental de la proportionnalité de l'indemnité à la prime. Ce principe s'applique intégralement aux assurances de personnes ; il s'applique aussi

[35] (1) S. 1880. 1. 441.

(2) Rev. trim. 1906⁷ 37 sqq.

[36] (1) *Du principe que l'assurance de choses est un contrat d'indemnité*, thèse Paris 1927, notamment n^o 56 à 62 et 253 à 268. Nous nous en inspirons dans les lignes qui suivent.

Dans le même sens : HUGUENY, note S. 1928. 1. 257. — PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II n^o 12.

aux assurances de dommages en cas de sous-assurance ; mais il supporte une exception en cas de sur-assurance : la sur-assurance est interdite en vertu du principe indemnitaire, et si elle a lieu, l'indemnité est réduite à la valeur du dommage.

Cette exception s'explique par des raisons pratiques : s'il en était autrement, si l'on pouvait par exemple assurer pour 2 millions un immeuble qui ne vaut que 500.000 francs, l'assuré serait trop tenté d'y mettre le feu lui-même. Il faut donc éviter le danger de sinistres volontaires, et aussi la spéculation à laquelle de telles opérations pourraient donner lieu. Les mêmes dangers n'existent pas dans les assurances de personnes. Les primes beaucoup plus élevées rendent impossible la spéculation. Quant au danger de sinistres volontaires, il ne se conçoit guère dans les assurances de personnes : l'assuré ne sera pas tenté de porter atteinte à son intégrité physique ou de se donner la mort pour donner effet au contrat d'assurance, et d'ailleurs la fraude serait facile à prouver. C'est pourquoi le principe indemnitaire est étranger aux assurances de personnes.

Le caractère indemnitaire n'est donc pas de la nature juridique de l'assurance de dommages, pas plus que de l'assurance de personnes ; la somme versée par l'assureur devient une indemnité seulement en fait, mais non en droit. Ainsi le principe indemnitaire n'a qu'une valeur négative : il sert à limiter la prestation de l'assureur lorsque l'ordre public l'exige. Telle est, croyons-nous à la suite de M. Weens, la véritable portée du principe indemnitaire.

[37] Quelles conséquences faut-il en déduire à l'égard du cumul des indemnités ? La possibilité du cumul ne risque pas de provoquer des sinistres volontaires, puisque par hypothèse le sinistre est dû à la faute d'un tiers ; on ne peut même pas imaginer une collusion frauduleuse entre l'assuré et le tiers, puisque celui-ci en ferait les frais. Le principe indemnitaire s'oppose à ce que l'assuré reçoive d'un ou plusieurs assureurs une somme supérieure au dommage ; il ne l'empêche pas de recevoir en plus de son indemnité des dommages-intérêts d'un tiers responsable. Cette solution est d'ailleurs en accord avec les termes de l'art. 28 de la loi de 1930 qui formulent le principe indemnitaire : « L'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité ; l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre. » Cette règle est développée par les articles 28 § 2, 29 et 30 relatifs à la sur-assurance et aux assurances cumulatives ; mais ce sont là les seules conséquences du principe indemnitaire. D'autre part, la somme versée par l'assureur n'ayant pas par nature le caractère d'une in-

demnité, on ne peut prétendre que le dommage se trouve juridiquement réparé.

Aussi nous pouvons conclure qu'aucun obstacle ne s'oppose au cumul des indemnités d'assurance et de responsabilité. L'assuré possède deux actions distinctes et indépendantes : il a le droit de les exercer toutes les deux.

SECTION IV

DANS QUELLE MESURE FAUT-IL ADMETTRE LE CUMUL ?

[38] Les auteurs en restent là. Mais il semble qu'il y ait lieu de faire certaines réserves pour le cas où la responsabilité est seulement présumée, car le raisonnement que nous avons fait repose sur l'existence d'une faute d'un tiers, et le danger de sinistres volontaires reparait si une telle faute n'est pas prouvée.

Prenons comme exemple le cas le plus pratique : celui de l'assurance-incendie et de la responsabilité du locataire. Un propriétaire qui loue son immeuble a conclu un contrat d'assurance contre l'incendie, avec renonciation de l'assureur à la subrogation de l'art. 36. Si l'incendie se produit, il peut, sans avoir à prouver aucune faute, exiger à la fois l'indemnité due par son assureur en vertu du contrat, et les dommages-intérêts dus par son locataire en vertu de l'art. 1733 c. civ. Dans ces conditions il pourra être tenté de provoquer lui-même l'incendie pour obtenir cette double indemnisation. Sans doute la présomption de responsabilité qui pèse sur le locataire n'est pas irréfragable, et il aura le droit de prouver que l'incendie est dû à la faute du propriétaire. Mais il est fort à craindre qu'il ne réussisse pas dans cette preuve, car les causes d'un incendie sont toujours très difficiles à établir. Dans un cas de ce genre, si l'on veut éviter que le locataire puisse être victime d'une telle manœuvre, il faut donc proscrire le cumul des indemnités au-delà du dommage réel. Libre à l'assuré, évidemment, si l'incendie est dû à la faute du locataire, de faire la preuve de cette faute pour obtenir le cumul intégral.

Nous croyons donc pouvoir poser en principe que la réalisation du cumul intégral des indemnités doit être soumise à la preuve d'une faute du tiers responsable, même dans les cas où cette preuve n'est pas exigée par le droit commun de la responsabilité.

[39] S'il n'apporte pas cette preuve, l'assuré n'a pas droit au cumul intégral. Mais alors il faut se demander comment se

réglera la situation : qui devra payer, l'assureur ou le responsable présumé ? C'est un problème qui avait été déjà envisagé par Demogue (1) à propos de la théorie qui excluait le cumul de toute assurance de dommages : pour nous, il se pose seulement dans le cas exceptionnel où nous n'admettons pas le cumul. Demogue remarquait que l'on se trouve devant un dilemme difficile : d'une part il n'y a pas de raison pour que l'assureur n'exécute pas son contrat ; mais d'autre part il faut éviter que le tiers responsable soit déchargé des conséquences de sa faute. Et il adoptait une solution moyenne et audacieuse : laisser aux tribunaux le soin de répartir en équité la charge du sinistre entre l'assureur et le responsable.

Mais dans le cas particulier que nous envisageons, le problème se présente sous un jour différent : par hypothèse il n'y a pas de faute prouvée. Par le fait même, les scrupules de Demogue à exonérer le responsable n'ont plus de raison d'être. Au contraire, le responsable présumé semble digne d'intérêt, car il se voit imposer une charge parfois fort lourde à l'occasion d'un sinistre dont il n'est peut-être pas la cause. L'assureur, lui, accepte délibérément l'obligation qui lui incombe. Il est donc normal de décider que l'assureur devra payer à titre principal, et que le présumé responsable sera tenu seulement du complément si l'assurance est insuffisante. Cette solution peut au premier abord paraître audacieuse, mais il faut remarquer qu'elle s'accorde bien avec le rôle des responsabilités sans faute. Une telle responsabilité n'a aucun caractère pénal, puisqu'on n'établit pas l'existence d'un délit proprement dit ; il s'agit seulement d'assurer à la victime une indemnisation qui ne pourrait être obtenue autrement ; ce n'est pas le cas lorsque la victime est assurée. Sans doute le contrat d'assurance ne devrait pas en principe profiter au tiers responsable ; mais n'oublions pas qu'il s'agit d'une exception nécessitée par l'ordre public.

En résumé, les obligations de l'assureur ne sont en aucun cas affectées par l'existence d'un tiers responsable. Le recours de la victime contre le responsable subsiste en principe, mais il ne peut être exercé par la victime elle-même en vue d'un cumul effectif des indemnités, qu'à condition de prouver une faute, même dans le cas où de droit commun la responsabilité serait présumée.

[40] Dans la mesure ainsi définie, le cumul des indemnités est licite. Mais ce n'est pas à dire qu'il doive nécessairement avoir lieu ; pour cela, il faut rechercher quelle a été l'inten-

[39] (1) *Op. cit.* t. IV n° 619.

tion de l'assuré, et écarter le cumul si le contrat a été conclu en ce sens. Il en sera ainsi dans deux cas :

a) Il peut arriver que le souscripteur de l'assurance soit la même personne que le responsable : il a contracté une assurance au bénéfice d'autrui avec l'intention au moins tacite de diminuer ainsi les dommages-intérêts auxquels il pourrait être condamné. C'était le cas avant la loi de 1898 pour les pensions et assurances constituées de leurs deniers par les patrons au profit de leurs ouvriers (1). Il faut envisager maintenant de la même façon les assurances contractées par les compagnies aériennes au profit de leurs voyageurs, avec la clause dite d'option (2). L'indemnité d'assurance ainsi procurée doit venir en déduction des dommages-intérêts.

b) D'autre part, l'assuré a pu accepter — c'est même l'habitude dans les assurances de dommages — de transmettre ses droits à l'assureur pour obtenir en compensation une diminution de la prime. Par là même, il s'interdit pratiquement le cumul. Cette intention, à moins d'être explicite, résultera surtout du taux des primes. Elle est tellement usuelle que dans l'art. 36 de la loi de 1930 elle est devenue le principe pour les assurances terrestres de dommages ; et l'intention contraire doit s'exprimer par une clause formelle.

Mais le problème va se poser maintenant de savoir sous quelle forme juridique peut s'effectuer cette transmission de droits à l'assureur.

[40] (1) CHAVEGRIN, note S. 1900. 4. 6.

(2) Cf. *infra* n° 201.

CHAPITRE III

LA NOTION DE SUBROGATION EST-ELLE COMPATIBLE AVEC LE CONTRAT D'ASSURANCE ?

[41] Pour réaliser la transmission à l'assureur des droits de l'assuré, il est tout naturel de songer au procédé de la subrogation, et c'est sous cette forme que le recours de l'assureur a été pratiqué le plus anciennement, dans le domaine des assurances maritimes.

Le recours de l'assureur exercé au nom de l'assuré par subrogation présente d'ailleurs avec le recours personnel fondé sur l'art. 1382 des différences importantes qui le rendent bien préférable en pratique. L'assureur exercera non pas des droits personnels, mais les droits mêmes de l'assuré ; d'où certaines conséquences plus avantageuses pour lui, et d'autres moins avantageuses.

a) L'assureur subrogé bénéficie d'avantages appartenant à l'assuré, et qu'il ne pourrait avoir de son propre chef. Ainsi :

1°) la responsabilité contractuelle est plus large que la responsabilité délictuelle. Il est des cas, surtout des cas de faute *in omittendo*, où le tiers responsable contractuellement envers l'assuré ne pourrait être responsable délictuellement envers l'assureur (1) (en supposant qu'un tel recours soit possible en principe) ;

2°) et l'avantage le plus intéressant en pratique est celui de pouvoir invoquer les mêmes présomptions que l'assuré, notamment celle que l'art. 1733 fait peser sur le locataire en cas d'incendie. Sans cette présomption, la preuve d'une faute ayant causé l'incendie est très difficile à faire.

[41] (1) LYON-CAEN, *Examen doctrinal*, Rev. crit. 1887. 631 et note S. 1887. 1. 19. — VERMOND, *Manuel de droit maritime*, n° 235.

[42] *b)* Par contre le recours de l'assureur par subrogation est moins avantageux que le recours personnel en ce qu'il se heurte aux mêmes limites et aux mêmes exceptions que le recours de l'assuré lui-même :

1°) le recours par subrogation est limité au dommage subi par l'assuré ; l'action directe est donc beaucoup plus avantageuse que la subrogation dans les assurances de personnes ;

2°) l'assureur subrogé peut se voir opposer les clauses de non-responsabilité consenties par l'assuré ;

3°) ou la transaction intervenue entre la victime et le responsable ;

4°) la faute de la victime qui exonère en tout ou en partie le responsable à son égard serait sans influence à l'égard de l'assureur agissant directement.

[43] Telles sont les conséquences pratiques les plus importantes de chacun des deux systèmes (1). Comparée au recours personnel, la subrogation présente donc pour l'assureur des avantages et des inconvénients. Mais si nous les comparons maintenant d'un point de vue objectif, nous préférons sans hésitation le système de la subrogation. Les avantages du recours personnel pour l'assureur, que nous venons d'énumérer et qui découlent logiquement du principe, sont tellement choquants et excessifs qu'ils sont rejetés même par certains partisans de ce recours (2). Au contraire, la subrogation aboutit à un ensemble de conséquences équitables, harmonieuses même, et dont, semble-t-il, aucune des personnes en cause n'a lieu de se plaindre.

Pourtant, depuis plus d'un siècle, l'idée est restée très solidement établie en jurisprudence et en doctrine, que la notion de la subrogation était incompatible avec la technique du contrat d'assurance. On en a déduit que l'assureur ne pouvait invoquer l'art. 1251-3° et que la clause subrogatoire insérée dans les polices ne contenait pas une véritable subrogation. Et lorsque la loi de 1930 est venue consacrer la subrogation au profit de l'assureur de dommages, certains auteurs ont persisté à prétendre qu'il s'agit en réalité d'une cession d'action (3) ; les autres se sont inclinés, mais seulement pour les assurances régies par la loi de 1930, et sans abandonner le principe. Ce n'est que tout récemment, et par un arrêt encore hésitant (4), que la Cour suprême a semblé se détacher de sa

[43] (1) Voir aussi MARRET, thèse précitée pp. 190-197.

(2) Cf. par exemple DANJON, *op. cit.*, t. V n° 1927.

(3) Sur ce point cf. *infra* n° 69.

(4) Civ. 14 décembre 1943, D. C. 1944. J. 81 note BESSON ; S. 1945. 1. 41 note HOUIN ; R. g. a. t. 1944. 63 note M. P. ; J. C. P. 1944. J. 2552 note Raymond MICHEL.

jurisprudence traditionnelle et admettre en principe la subrogation de l'assureur.

SECTION PREMIÈRE

LA DOCTRINE TRADITIONNELLE

§ 1^{er}. — INAPPLICABILITÉ DE L'ART. 1251-3°.

[44] Au début du XIX^e siècle et de la pratique des assurances contre l'incendie, les assureurs terrestres s'inspirèrent de la tradition immémoriale du droit maritime, et prétendirent bénéficier de la subrogation légale ; mais comme les usages du droit commercial ne valent pas en matière civile, ils invoquèrent à l'appui de leur prétention l'art. 1251-3° du Code civil : « La subrogation a lieu de plein droit... 3° au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. »

La jurisprudence donna d'abord satisfaction aux assureurs, jusqu'à un arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1829 (1) qui, analysant de plus près les termes de l'art. 1251-3°, déclara ce texte inapplicable à l'assureur. Le raisonnement était le suivant : l'art. 1251-3° accorde la subrogation à celui qui paie la dette d'autrui, soit parce qu'il y est obligé, soit au moins parce qu'il y a intérêt ; il suppose donc deux dettes ayant même objet ou même cause. Or l'assureur n'est pas tenu avec le responsable ; la situation n'est pas du tout celle de deux responsables solidaires, et les deux dettes sont indépendantes l'une de l'autre. Il n'est pas non plus tenu pour d'autres, car son rôle n'est pas celui d'un garant ou d'une caution. L'assureur acquitte la dette personnelle qu'il a contractée par la police. Il ne se trouve donc pas dans les conditions déterminées par l'art. 1251-3° ; or la subrogation est de droit étroit, et ce texte doit être interprété strictement.

La jurisprudence se fixa rapidement en ce sens, et à partir de 1850 la question ne fut pratiquement plus plaidée ; toutefois deux arrêts relativement récents ont cru devoir rappeler le principe (2). La même solution était admise presque unanimement par la doctrine (3). Et partout l'on retrouve le même

[44] (1) D. Rép. méth. v^o Ass. terr. n^o 247 ; S. chr. 1829. 1. 95.

(2) Paris 14 mars 1930, D. 1930, 2. 116 note BESSON ; R. g. a. t. 1930. 577 note M. P. ; confirmé par Req. 18 avril 1932, D. H. 1932. 282 ; Gaz. Pal. 1932. 2. 107 ; R. g. a. t. 1932. 525 note M. P.

(3) Récemment encore nous trouvons : TRASBOT, commentaire de la loi de 1930, D. 1931. 4. 23, col. 3. — PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II n^o 291 et t. IV n^o 5. — LALOU, *Traité pratique de la responsabilité*, n^o 209.

argument : l'assureur n'est pas tenu avec d'autres ou pour d'autres, mais il acquitte sa propre dette.

§ 2. — LA CLAUSE SUBROGATOIRE INTERPRÉTÉE COMME CESSION D'ACTION.

[45] Lorsque la jurisprudence leur refusa le bénéfice de la subrogation légale, les assureurs entreprirent d'y suppléer en introduisant dans les polices une clause de subrogation conventionnelle généralement conçue en ces termes : « Par le seul fait de la présente police, et sans qu'il soit besoin d'aucune autre cession ou transport, la compagnie est subrogée dans tous les droits, recours et actions de l'assuré contre toutes personnes garantes ou responsables du sinistre, à quelque titre et pour quelque cause que ce soit et même contre leurs assureurs s'il y a lieu. L'assuré consent expressément à cette subrogation et il sera tenu, s'il en est requis lors du paiement de l'indemnité, de la réitérer dans la quittance par acte notarié ou sous seing privé. » C'est ce qu'on appelait la clause subrogatoire.

Mais ici encore la jurisprudence souleva des objections et décida que la subrogation conventionnelle était impossible parce que les conditions de l'art. 1250 n'étaient pas réunies. Quelques tribunaux allèrent même jusqu'à annuler la clause (1). Toutefois l'opinion prévalut que la clause devait être considérée comme valant une cession de droits futurs et éventuels, et qu'il y avait seulement dénomination inexacte. On appliquait pour cela l'art. 1156 sur l'interprétation des conventions : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » ; une convention n'est pas nulle par le seul fait d'une dénomination inexacte, elle doit alors s'interpréter *potius ut valeat*.

[46] Cette interprétation s'appuyait sur deux arguments principaux :

a) et d'abord celui que nous avons déjà vu employer pour écarter la subrogation légale : la subrogation suppose le paiement de la dette d'autrui ; l'art. 1250-1° s'exprime en ces termes : « Lorsque le créancier, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits... » Or l'assureur n'est pas le tiers de l'art. 1250 : il a payé non pas la dette d'autrui, mais la sienne propre ;

b) l'art. 1250-1° exige une autre condition : « Cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le

[45] (1) Trib. comm. Seine, 4 avril 1903, Gaz. trib. 10 mai 1903 ; Pand. 1904. 2 133.

paiement. » Or dans le cas de l'assurance, la subrogation est consentie dans la police, et le paiement de l'indemnité est nécessairement postérieur.

De ces deux arguments, le premier était à peu près incontesté et nécessitera un examen approfondi (1). Mais le second avait été rejeté par certains auteurs (2). Le sens des termes de l'art. 1250-1° est contesté : pour une partie de la doctrine, il signifierait seulement que la subrogation ne peut être postérieure au paiement, mais laisserait subsister la possibilité d'une subrogation antérieure (3). En tout cas, même si le texte exige la concomitance au paiement, la clause subrogatoire peut valoir promesse de subrogation (4).

Ainsi, surtout parce que l'assureur paie une dette personnelle, la clause subrogatoire était considérée traditionnellement en doctrine et en jurisprudence comme une cession de droits futurs et éventuels (5). Aussi en 1913 la nouvelle police-type incendie tint compte de la jurisprudence, et dans son art. 27 employa le terme « céder » : « Par le seul fait de la présente police, l'assuré cède à la compagnie, dans la mesure où il est couvert par l'assurance, ses droits et actions contre toutes personnes responsables du sinistre à quelque titre que ce soit et contre leurs assureurs. »

[47] Il faut maintenant envisager les conséquences pratiques de cette distinction ; il en est trois principales :

1°) la cession de droits exige des formalités prévues par l'art. 1690 c. civ. Mais ce n'est pas un inconvénient sérieux pour l'assureur, car la jurisprudence interprète très libéralement l'art. 1690, et il suffit d'une mention de la cession dans l'acte d'assignation ;

2°) la cession transfère à l'assureur l'intégralité des droits de l'assuré contre le responsable, tandis que la subrogation est limitée à l'indemnité versée ;

3°) la cession donne à l'assureur le droit d'agir dès le sinistre, tandis que la subrogation suppose le paiement préalable.

[46] (1) *Infra* n° 48 sqq.

(2) Notons toutefois en sens inverse un arrêt Civ. 10 janvier 1923 (D. 1924. 1. 176 ; S. 1924. 1. 257 note ROUSSEAU) qui admet l'existence d'une véritable subrogation conventionnelle parce qu'en l'espèce elle était concomitante au paiement.

(3) LYON-CAEN, note S. 1886. 1. 274.

(4) En ce sens, DEMOGUE, *op. cit.* t. IV n° 618 ; application d'une théorie élaborée par MOURLON, *Traité des subrogations personnelles*, p. 227.

(5) Civ. 3 février et 5 août 1885, D. 1886. 1. 173 ; S. 1886. 1. 273. — Colmar, 7 février 1934, Gaz. Pal. 1934. 1. 670 ; R. g. a. t. 1934. 539 note M. P.

CAPITANT, *op. cit.* Rev. trim. 1906. 63. — DEMOGUE, *Obligations*, t. IV n° 618. — LEPARGNEUR, *Traité de PLANIOL et RIPERT*, t. XI n° 1322. — Suzanne GRILLON, thèse précitée, pp. 92-101. — GAUTHIER, thèse précitée, pp. 54-68. — PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II n° 298.

De même en Belgique : VIENNE, *Le recours de l'assureur qui a payé le dommage contre le tiers auteur du sinistre*, Bulletin des Assurances, 1936. 560.

Ces deux dernières conséquences sont graves et donnent à l'assureur des avantages exorbitants. C'est pourquoi on a cherché à les écarter en rendant conventionnellement à cette cession d'action les effets d'une subrogation, et l'on justifie ce système en disant que c'était l'intention des parties lorsqu'elles ont donné à leur convention de nom de subrogation : M. Gauthier en arrive ainsi à l'idée d'une cession « accessoire, limitée et conditionnelle à deux degrés. » (1)

Mais alors on est en présence d'une clause qui a le nom de subrogation, la nature d'une cession d'action, et les effets d'une subrogation ; et l'on arrive aux confins de l'incohérence. Pourquoi dans ces conditions maintenir l'idée de cession d'action ? si les effets en sont mauvais, n'est-ce pas que l'idée elle-même est mauvaise ? C'est ce qu'avec raison se sont demandé certains auteurs.

§ 3. — CRITIQUE DE LA DOCTRINE TRADITIONNELLE.

[48] Malgré l'accord presque unanime de la jurisprudence et de la doctrine qui considéraient la notion de subrogation comme incompatible avec le contrat d'assurance, quelques auteurs avaient tout de même exprimé des opinions dissidentes. Déjà Lyon-Caen avait soutenu que la clause subrogatoire contenait une véritable subrogation ; il invoquait pour cela l'intention des parties : l'assuré n'a pas entendu accepter les conséquences graves de la cession d'action (1). Plus récemment, Danjon et M. Marret (2) ont revendiqué pour l'assureur le bénéfice de l'art. 1251-3° en affirmant que la loi n'exige pas une identité de cause entre les deux dettes, mais seulement une identité d'objet.

Mais l'opinion restait solidement établie, d'après laquelle la subrogation conventionnelle ou légale suppose une communauté d'origine entre la dette du subrogé et celle du débiteur qu'il veut poursuivre. Ce n'est qu'un aspect d'une tendance plus générale : à la suite surtout d'Aubry et Rau, la doctrine classique considère la subrogation comme une fiction juridique ; par suite, c'est une institution de caractère exceptionnel, qui doit être limitée strictement aux cas prévus par le législateur. Cette notion très restrictive du domaine de la subrogation conduit la jurisprudence, non seulement en matière d'assurances, mais aussi en d'autres matières, à des incohérences que M. Vitu a dénoncées récemment dans un article remarquable où il en fait le procès (3). Elle se trouve en contradiction avec certains textes de lois, et avec la jurisprudence elle-même.

[47] (1) Thèse pp. 68-70.

[48] (1) Note S. 1886. 1. 273.

(2) DANJON, *Dr. mar. t. V* n° 1914. — MARRET, thèse pp. 164-177.

(3) *Subrogation légale et droit des assurances*, R. g. a. t., 1946. 231 sqq.

[49] a) Il est d'abord des cas de subrogation reconnus par la loi, et qui ne satisfont pas aux exigences de la doctrine traditionnelle : le plus important, à côté de l'art. 36 de la loi de 1930, est celui de la caution (1). L'art. 2029 du Code civil dispose : « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. » Or l'engagement de la caution n'a pas la même origine que celui du débiteur principal ; la caution peut même garantir une dette d'origine délictuelle, son engagement n'en demeure pas moins contractuel. La loi lui accorde formellement la subrogation, mais la conception traditionnelle conduirait à dire que ce n'est pas une véritable subrogation (2).

[50] b) D'autre part il arrive que, sous l'influence de nécessités pratiques, la jurisprudence elle-même méconnaisse ses principes et admette la subrogation sans qu'il y ait unité de dettes. Citons par exemple les obligations *in solidum* : les débiteurs sont tenus pour des causes différentes ; leurs dettes peuvent être différentes aussi quant à leur objet et quant à leur montant ; et malgré cela la jurisprudence accorde à celui qui a payé, la subrogation légale contre l'autre. Il en est de même dans tous les cas où une personne se trouve tenue en raison d'une responsabilité professionnelle, d'exécuter une obligation qui n'a pas été accomplie normalement par son véritable débiteur. Un notaire par exemple a combiné un prêt malchanceux et se trouve condamné à désintéresser le prêteur : il paie sa propre dette, résultant de sa responsabilité professionnelle ; le débiteur principal est obligé en vertu du contrat de prêt. Et pourtant la jurisprudence accorde au notaire la subrogation dans les droits du créancier contre le débiteur (1). Et M. Vitu cite une série de cas analogues où la jurisprudence se trouve obligée de renier ses principes (2).

Ce sont autant de conséquences qui condamnent le principe. Le problème qui se pose déborde donc de beaucoup le cadre du contrat d'assurance : c'est la notion de la subrogation en général qui est en jeu. Mais le droit des assurances a ici une importance particulière, car c'est sous son influence que la Cour de cassation semble s'orienter vers une conception plus large de la subrogation.

[49] (1) Pour d'autres exemples, voir VITU, *op. cit.* pp. 241-242.

(2) Il y a d'ailleurs entre l'assurance et le cautionnement une certaine analogie que les partisans de la subrogation légale de l'assureur ont parfois invoquée et exagérée pour soutenir cette subrogation.

[50] (1) Req. 13 février 1899, D. 1899, 1. 246.

(2) *Op. cit.* pp. 242-243.

SECTION II

ORIENTATION NOUVELLE DE LA JURISPRUDENCE

[51] Il est peut-être excessif de parler d'une orientation nouvelle : à vrai dire il s'agit seulement d'un arrêt unique et assez peu explicite rendu par la Chambre Civile le 14 décembre 1943 (1). Mais il a été accueilli avec une sorte d'enthousiasme par certains auteurs : ils y ont vu le point de départ d'une jurisprudence nouvelle, et ont édifié une intéressante construction doctrinale qui supplée au laconisme de l'arrêt et justifie la solution.

§ 1^{er}. — L'ARRÊT DU 14 DÉCEMBRE 1943.

On aurait pu croire que la loi de 1930 relèguerait dans le domaine de la théorie pure la question de savoir si l'assureur peut invoquer la subrogation légale de l'art. 1251-3°. En effet l'art. 36 de cette loi accorde la subrogation à l'assureur de dommages, et l'art. 55 la refuse à l'assureur de personnes ; cette loi ne s'applique qu'aux assurances terrestres, mais une tradition immémoriale et incontestée accorde la subrogation à l'assureur maritime. Dans tous ces domaines, le problème est purement théorique : il s'agit de savoir si la subrogation de l'assureur maritime ou celle de l'art. 36 peuvent être considérées comme des applications de l'art. 1251-3° du Code civil (2).

Mais les assurances maritimes ne sont pas les seules à rester en dehors du domaine de la loi de 1930 : il en est d'autres énumérées par l'art. 1^{er}. Nous ne retiendrons pas celles qui figurent au § 3 et qui sont régies par des lois particulières ; il reste encore les assurances fluviales, la réassurance et l'assurance-crédit. Le problème s'est posé surtout à propos de cette dernière : l'assureur-crédit, qui a garanti le paiement d'un effet de commerce à l'échéance, et qui se trouve obligé de payer le tiers porteur, peut-il se dire subrogé aux droits de celui-ci contre le tiré, en vertu de l'art. 1251-3° ?

[52] Il existe plusieurs procédés pour effectuer conventionnellement cette transmission de droits : l'assureur peut bénéficier d'une clause de subrogation conventionnelle ; ou bien il peut, lorsqu'il paie la lettre de change, se la faire endosser

[51] (1) D. C. 1944. J. 81 note BESSON ; S. 1945. 1. 41 note HOUIN ; J. C. P. 1944. J. 2552 note Raymond MICHEL ; R. g. a. t. 1944. 63 note M. P.

(2) Cf. *infra* n° 68-70 et 205-209.

par le porteur. Mais dans l'espèce jugée par la cour de Riom le 15 mai 1936 (1), aucun de ces procédés n'avait été utilisé, et l'assureur invoquait l'art. 1251-3°. La cour de Riom rejette ce recours en alléguant l'argument traditionnel : l'assureur paie la dette personnelle qui résulte du contrat d'assurance.

Cet arrêt, déféré à la Cour suprême, fut considéré comme insuffisamment motivé, et cassé par l'arrêt de la Chambre Civile du 14 décembre 1943, qui fait observer que la cour de Riom aurait dû « indiquer les raisons de fait ou de droit qui s'opposaient à ce que l'assureur pût être considéré comme tenu pour d'autres ou avec d'autres du paiement de l'effet, et en conséquence investi du bénéfice de la subrogation ». La Cour suprême s'en tient à cette observation. Nous sommes donc en présence d'une décision prudente, presque timide, dont la portée n'est pas nette ; elle demande à être interprétée (2).

[53] Elle contient d'abord une partie négative qui semble certaine : c'est le rejet de l'argumentation traditionnelle : on ne peut plus, comme le faisait encore la cour de Riom, refuser à un assureur le bénéfice de la subrogation légale pour le seul motif qu'il paie sa dette personnelle. Désormais la notion de subrogation n'est plus incompatible avec le contrat d'assurance ; la subrogation légale est possible, même en dehors de la loi de 1930. C'est là un point très important. Il semble qu'il ait été acquis sous l'influence de la loi de 1930 : depuis cette loi, dont l'art. 36 accorde formellement la subrogation à l'assureur de dommages, on ne pouvait raisonnablement soutenir que subrogation et assurance étaient incompatibles et que l'art. 36 n'instituait pas une véritable subrogation.

A cela se limite le sens certain de l'arrêt du 14 décembre 1943 : il condamne la doctrine antérieure, mais ne pose pas un principe nouveau ; il ne précise pas dans quelle mesure la subrogation doit être admise. Toutefois il serait excessif d'y voir la reconnaissance de la subrogation légale de l'assureur en tout état de cause (1) : l'assureur y a droit *a priori*, mais les termes de l'arrêt laissent place à la possibilité d'une preuve contraire : « la cour aurait dû indiquer *les raisons de fait ou de droit qui s'opposaient...* » Mais quelles pourraient être ces « raisons de fait ou de droit » ? c'est ce que la Cour suprême ne précise pas. Les auteurs considèrent qu'il s'agit avant

[52] (1) D. 1936. 2. 113 note ESCARBA ; S. 1937. 2. 25 note SOLUS ; Gaz. Pal. 1936. 2. 366 ; Sem. jur. 1936. 826 ; R. g. a. t. 1936. 601 note M. P.

(2) BESSON, note D. C. 1944. J. 81. — HOUIN, note S. 1945. 1. 41. — Raymond MICHEL, note J. C. P. 1944. J. 2552. — Note signée M. P., R. g. a. t. 1944. 63.

[53] (1) Un auteur semble l'interpréter en ce sens : note signée P. L.-P., D. C. 1944. J. 38.

tout d'interpréter la volonté des parties (2) ; ce sera alors une question d'espèces.

La formule de la Cour suprême est donc très souple ; on peut même lui reprocher d'être trop souple. Elle laisse place à des hésitations qui ne manqueront pas de susciter des divergences en doctrine et, ce qui est plus grave, en jurisprudence.

§ 2. — JUSTIFICATION THÉORIQUE. — ESSAI D'UNE THÉORIE CONSTRUCTIVE SUR LA SUBROGATION EN GÉNÉRAL.

[54] Pour expliquer le revirement de la Cour de cassation, il faut, comme l'a montré M. Vitu (1), remonter dans le passé au-delà des errements du XIX^e siècle, jusqu'à l'ancien droit. Nos anciens auteurs, en particulier Pothier (2), avaient de la subrogation une notion très large : elle se justifiait suffisamment par l'équité et la volonté présumée des parties, et les formalités en étaient très simples. Ainsi, on n'avait jamais fait de difficulté pour accorder la subrogation à l'assureur maritime. Il est à remarquer d'ailleurs que déjà dans l'ancien droit on employait l'expression qui devait passer dans le code civil : « celui qui est tenu avec d'autres ou pour d'autres » ; mais on l'interprétait largement puisqu'on l'appliquait à l'assureur maritime.

Les rédacteurs du Code civil reprirent donc dans l'art. 1251-3^o la formule qui était déjà en usage ; c'était manifester l'intention de rester sur ce point dans la ligne de l'ancien droit, et cette intention est clairement confirmée par l'exposé des motifs de Bigot de Préameneu (3). Au début d'ailleurs, l'assureur contre l'incendie fut admis à invoquer l'art. 1251-3^o.

Mais peu à peu on perdit de vue l'ancienne notion de la subrogation fondée sur l'équité et la volonté des parties, pour s'hypnotiser sur les mots « avec d'autres ou pour d'autres », suivant les principes de la méthode exégétique en honneur au XIX^e siècle. La notion de la subrogation se rétrécit, et l'on en fit une fiction juridique. Et c'est ainsi que l'arrêt du 2 mars 1829 (4) priva pour plus de cent ans l'assureur terrestre de la subrogation légale.

[55] Il faut donc aujourd'hui rechercher dans l'ancien droit la véritable notion de la subrogation. Comme l'avaient fort bien vu nos anciens auteurs, la subrogation est une institution fondée sur une idée de justice : elle s'applique dans tous

(2) En ce sens, BESSON, note précitée. — HOUIN, note précitée. — VITU, article R. g. a. t. 1946. 248-249.

[54] (1) *Op. cit.* pp. 244-247.

(2) *Du contrat d'assurance*, n^o 50, 65, 133 et 166.

(3) LOCRÉ, t. XII, p. 370.

(4) Précité n^o 5 :

les cas où l'obligation à une dette est distincte de la contribution. Une personne se trouve tenue, en vertu de la loi ou d'une convention, d'acquitter une dette, dont le poids définitif doit retomber sur une autre personne. La subrogation vise à rétablir l'équilibre rompu, à reporter le poids définitif de la dette sur celui qui doit le supporter. Pour savoir si le *solvens* est subrogé, il faut donc se demander si dans l'intention des parties, il devait supporter définitivement la dette (1).

Et c'est aussi l'intention des parties qui justifie la subrogation. Le *solvens*, qui n'avait pas la charge définitive de la dette, n'a consenti à payer que parce qu'il entendait être subrogé ; et le créancier, pour être payé, consent implicitement à transmettre les droits et actions dont il n'a plus l'usage. Cette intention des parties apparaît clairement dans la subrogation conventionnelle ; elle existe aussi dans la subrogation légale, dont le fondement est le même. L'art. 1251-3° n'a pas d'autre but que de suppléer une clause de subrogation sous-entendue.

On peut donc conserver le principe que la subrogation est refusée à celui qui paie sa propre dette, mais à condition de l'entendre dans un sens différent de son sens traditionnel. Il ne signifie pas que les deux obligations doivent avoir la même cause ; en fait il en est souvent ainsi, mais ce n'est pas indispensable. Il signifie seulement que la subrogation est refusée au débiteur qui devait supporter définitivement le poids total de la dette.

[56] Alors disparaissent les contradictions et les anomalies précédemment signalées (1). La caution a accepté de garantir la dette pour rendre service au débiteur en affermissant son crédit ; elle n'a pas entendu se charger de la dette à titre définitif. Plusieurs débiteurs sont tenus *in solidum* ; l'un d'eux est condamné à payer la totalité, mais sa contribution ne s'étend qu'à une partie de la dette ; le surplus ne doit pas rester définitivement à sa charge. De même encore lorsqu'un notaire est condamné à désintéresser un créancier à la suite de la défaillance du débiteur : il s'agit de faire supporter au notaire les conséquences de l'insolvabilité, mais le véritable débiteur reste le même, et c'est lui qui doit payer, dans toute la mesure possible. Dans ces différents cas, il est tout naturel d'admettre la subrogation légale, bien que les dettes n'aient pas une origine commune.

[57] Il faut appliquer les mêmes principes en matière d'as-

[55] (1) En ce sens, VITU, article précité, R. g. a. t. 1946. 247 sqq. — HOUIN, note S. 1945. 1. 42.

[56] (1) N° 49-50.

surances. L'assureur a pu assumer définitivement le risque dû à une cause quelconque. Mais il a pu aussi s'engager à réparer le sinistre dans le cas où il ne pourrait être réparé par le jeu de la responsabilité. Dans ce cas, si le sinistre se produit par la faute d'un tiers, la dette ne doit pas rester indéfiniment à la charge de l'assureur, et il a droit à la subrogation légale. La question à résoudre est donc la suivante : l'assureur a-t-il entendu assumer la charge du risque définitivement en toute hypothèse ?

C'est une pure question de fait, qu'il faut trancher en appréciant les circonstances de la cause. Elle est donc de la compétence du juge du fond, et c'est pourquoi l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1943 ne la tranche pas ; il se contente de déclarer qu'il ne suffisait pas à la cour de Riom de rappeler que l'assureur paie sa propre dette : il aurait fallu encore prouver qu'il avait entendu en supporter définitivement la charge. Pratiquement cette intention des parties se manifesterait surtout par le calcul des primes, car l'éventualité d'un recours pour l'assureur diminue le risque, et par suite le taux des primes.

Nous concluons donc que, contrairement à ce qu'on a cru longtemps, la notion de subrogation n'est pas incompatible avec le contrat d'assurance. A défaut de disposition spéciale de la loi, l'assureur peut en principe invoquer l'art. 1251-3°, à moins qu'il résulte des circonstances qu'il a entendu se charger définitivement même du risque de la faute d'un tiers. Qu'on n'objecte pas que l'art. 36 de la loi de 1930 devient ainsi inutile ! l'opinion contraire rendrait inutile l'art. 55 qui refuse la subrogation à l'assureur de personnes. L'art. 36 a pour but de soumettre la subrogation de l'assureur de dommages terrestres à des règles particulières qu'il nous faut étudier maintenant.

DEUXIÈME PARTIE

**SOLUTIONS DONNÉES
PAR LA LOI
DU 13 JUILLET 1930**

TITRE PREMIER

L'ARTICLE 36 ET LES ASSURANCES DE DOMMAGES

L'étude de l'art. 36 de la loi de 1930 sera divisée en cinq chapitres :

Chapitre I. — Généralités.

Chapitre II. — Domaine d'application.

Chapitre III. — Fonctionnement.

Chapitre IV. — Possibilité de clauses contraires. — Caractère impératif ou supplétif.

Chapitre V. — Des cas exceptionnels où l'assureur n'est pas subrogé.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

SECTION 1. — Antécédents historiques. — Dispositions analogues des lois étrangères.

SECTION 2. — Justification de l'art. 36.

SECTION 3. — Nature juridique de la subrogation de l'art. 36.

SECTION PREMIÈRE

ANTÉCÉDENTS HISTORIQUES DISPOSITIONS ANALOGUES DES LOIS ÉTRANGÈRES

[58] Les considérations historiques exposées dans notre première partie nous ont montré que dès l'origine des contrats d'assurances terrestres, on avait compris l'intérêt que pouvait présenter le recours de l'assuré. Ce recours s'imposa même comme une nécessité impérieuse aussi longtemps que la théorie du non-cumul des indemnités fut considérée comme un dogme intangible : on refusait à la victime indemnisée par son assureur le droit de poursuivre l'auteur du sinistre ; si l'on refusait également ce droit à l'assureur, le responsable aurait bénéficié d'une immunité injustifiée et inadmissible.

Mais si l'on avait nettement conscience de la nécessité de ce recours, les difficultés surgissaient pour le fonder en droit. Une jurisprudence solidement établie refusait à l'assureur le bénéfice de la subrogation légale. Quant à la théorie qui, pendant tout le xix^e siècle, avait fondé le recours de l'assureur sur l'art. 1382, le développement des assurances de personnes était venu en démontrer la fausseté. Pour se ménager un recours, les assureurs de dommages stipulaient habituellement une clause de subrogation que l'on interprétait comme une cession d'action.

C'était donc là un système empirique et très imparfait. Et toutes ces difficultés provenaient d'une lacune de la loi française qui jusqu'en 1930 ignorait à peu près complètement le contrat d'assurance. Quelques textes de lois seulement y faisaient allusion à propos d'autres institutions, mais il n'y avait aucune disposition d'ensemble, et le contrat d'assurance était seulement soumis aux règles générales des contrats. Les contrats d'assurances terrestres n'existaient pas à l'époque du code civil, mais ils s'étaient développés très rapidement et nécessitaient une réglementation particulière au même titre que la vente ou le louage.

[59] Notre législation se trouvait ainsi très en retard sur l'étranger. Depuis 1865, de très nombreux pays d'Europe et d'Amérique latine avaient réglementé le contrat d'assurance, soit dans leur code civil, soit dans leur code de commerce, soit dans une loi spéciale, et consacraient le recours de l'assureur sous la forme de la subrogation. Sans doute, comme nous le verrons par la suite (1), il y avait des divergences sur le recours de l'assureur de personnes, mais toutes les législations accordaient la subrogation à l'assureur de dommages. Nous pouvons citer en ce sens :

- le code de commerce hollandais de 1838, art. 284 ;
- le code de commerce chilien de 1865, art. 553 ;
- la loi belge du 11 juin 1874, art. 22 ;
- le code de commerce hongrois de 1876, art. 483 ;
- le code de commerce italien du 1^{er} janvier 1883, art. 438 ;
- le code de commerce espagnol de 1885, art. 413 et 437 ;
- le code de commerce roumain de 1887, art. 462 ;
- le code de commerce portugais de 1888, art. 441 ;
- le code de commerce argentin de 1889, art. 526 ;
- le code civil mexicain de 1889, art. 423 et 447 ;
- le code de commerce japonais de 1889, art. 415 ;
- la loi allemande du 30 mai 1908, art. 67 ;
- la loi suisse du 2 août 1908, art. 72 ;

et plus récemment :

- le code de commerce turc de 1926, art. 963 et 1006 ;
- la loi chinoise du 30 décembre 1929, art. 45 et 58 ;
- la loi roumaine du 4 juillet 1930, art. 78.

[60] En France des solutions analogues avaient été consacrées législativement dans des domaines voisins. Ainsi en matière d'accidents du travail, l'art. 7 de la loi du 9 avril 1898 (devenu l'art. 54 de l'ordonnance du 19 octobre 1945) permettait au patron qui a payé l'indemnité forfaitaire, d'exercer l'action de

[59] (1) N° 178-182.

la victime contre le responsable. De même en matière d'assurances sociales, aux termes de l'art. 61 de la loi du 5 avril 1928, la caisse d'assurances est subrogée dans le recours contre le responsable.

Un projet de loi sur les assurances terrestres avait été élaboré et déposé sur le bureau de la Chambre des Députés le 12 juillet 1904 : dans son article 26 il admettait la subrogation légale pour tous les contrats d'assurance. Mais ce projet n'aboutit pas, et la question devait en rester au même point pendant plus de vingt ans encore. Le 7 avril 1925, nouveau projet qui, après de longues péripéties parlementaires, devait devenir enfin la loi du 13 juillet 1930. L'article 36 de cette loi prévoit la subrogation au profit de l'assureur de dommages seulement, et consacre ainsi législativement la pratique antérieure de la clause subrogatoire. Il est conçu en ces termes :

« L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur.

« L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur.

« Par dérogation aux dispositions précédentes, l'assureur n'a aucun recours contre les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes. »

Depuis, de nouvelles lois étrangères ont été promulguées, qui contiennent des solutions analogues, en particulier la loi tchécoslovaque du 3 juillet 1934, art. 62 et 121, et le nouveau code civil italien du 16 mars 1942, art. 1916. Seule parmi les lois étrangères sur le contrat d'assurance, celle des pays scandinaves présente sur la question un système original (1).

SECTION II

JUSTIFICATION DU PRINCIPE DE L'ARTICLE 36

[61] La solution consacrée par l'art. 36 a fait l'objet de deux sortes de critiques :

1°) on a mis en doute le principe du recours, on en a contesté le bien-fondé ;

[60] (1) Cf. *infra* n° 264-266.

2°) d'autre part, le principe du recours étant admis, on a critiqué l'emploi du procédé juridique de la subrogation.

Le second point soulève le problème de la possibilité d'une subrogation en la matière, et touche par là à celui de la nature de la subrogation de l'art. 36 ; aussi nous en réserverons l'étude à la section suivante. La question posée est donc celle du principe de la consécration légale du recours de l'assureur : le législateur a-t-il eu raison d'accorder un recours à l'assureur ? Remarquons bien qu'il ne s'agit pas ici du recours personnel fondé sur l'art. 1382, que nous savons impossible. Il s'agit de savoir si le recours qui appartient de droit commun à l'assuré peut être transmis à l'assureur.

On a parfois contesté la possibilité de cette transmission au nom du principe du non-cumul : l'assuré n'a pas le droit d'exercer son recours ; il ne peut transmettre à son assureur un droit qu'il n'a pas. Mais nous avons vu qu'en principe le cumul doit être admis. D'ailleurs, même dans les cas où nous avons rejeté le cumul, l'objection ne porte pas : le droit de recours est seulement paralysé entre les mains de l'assuré, il n'est pas anéanti ; l'interdiction du cumul se fonde alors sur le danger de sinistres volontaires, et ce danger disparaît si le recours est exercé par l'assureur.

Les adversaires du recours lui ont surtout reproché de constituer pour l'assureur un avantage gratuit et arbitraire. L'assureur n'indemnise pas par générosité, il est payé pour cela ; il a reçu des primes qui représentent la contrepartie de la somme qu'il verse. S'il obtient à son profit une condamnation du responsable, il y trouvera un avantage sans aucune contrepartie, un bénéfice injustifié.

[62] Malgré cela, le recours de l'assureur se justifiait aisément dans le système du non-cumul des indemnités. Une considération devait l'emporter sur toutes les autres : il fallait à tout prix éviter que le tiers responsable sortît indemne de l'affaire grâce au contrat d'assurance dû à la prévoyance de sa victime. Or on ne permettait pas à la victime déjà indemnisée de le poursuivre ; il fallait donc donner ce droit à l'assureur. Le recours de l'assureur apparaissait comme une conséquence inévitable du non-cumul.

Mais le système du non-cumul des indemnités finit par être abandonné. Nous avons conclu à ce propos qu'en règle générale rien ne s'oppose au cumul intégral des indemnités. La victime assurée a le droit d'exercer elle-même son recours. Le recours de l'assureur perd-il par là même toute raison d'être ? Certains auteurs l'ont prétendu (1), mais c'est à tort : le recours de l'assureur peut se justifier autrement.

[62] (1) CAPITANT, *op. cit.* Rev. trim. 1906. 68-69. — GUYOT, *commentaire de la loi de 1930, Lois nouvelles*, 1930. 463.

[63] Pour cela il faut analyser avec précision le fonctionnement du contrat, rechercher l'intention des parties qui fait la loi du contrat, et que le législateur lui-même doit respecter le plus possible, définir exactement le risque que le contrat a eu pour but de couvrir. En effet le contrat d'assurance de dommages peut se concevoir avec deux modalités différentes :

a) il peut couvrir purement et simplement le risque d'un sinistre déterminé. Si le sinistre se réalise, l'assureur remboursera le dommage, et il n'y aura pas de raison de dépouiller la victime de son recours au profit de l'assureur ;

b) mais la garantie peut se limiter au risque de ne pouvoir se faire indemniser du sinistre. L'assureur sera alors tenu intégralement et définitivement des dommages dus à la force majeure, ou encore au fait d'un tiers demeuré inconnu. Mais si le dommage est imputable à un tiers déterminé, la victime a contre lui un droit à des dommages-intérêts, et l'assureur ne sera tenu d'indemniser que si les dommages-intérêts ainsi obtenus étaient insuffisants. Comme le remarque M. Perroud (1), l'assurance ne couvre que le dommage résultant de l'absence de recours.

[64] Il semblerait alors que la victime doive agir elle-même contre le responsable ; mais elle subirait les multiples ennuis inhérents à tout procès, et ce que l'on réunit sous le nom de risque contentieux : démarches, frais, retards, risque d'insolvabilité du débiteur. Et le retard dans la solution du procès retarderait *ipso facto* la liquidation de l'indemnité d'assurance dont le montant serait subordonné aux dommages-intérêts obtenus. Aussi il est beaucoup plus avantageux pour la victime de recevoir de son assureur indemnisation intégrale, et de lui laisser le soin d'obtenir du responsable les sommes dont il est tenu. L'assuré sera ainsi en toute hypothèse indemnisé rapidement et intégralement.

Dans un contrat de ce genre, l'assureur assume en réalité deux sortes d'obligations :

1°) à l'égard des dommages irréparables par le jeu de la responsabilité (force majeure, auteur inconnu ou insolvable, faute non-intentionnelle de la victime), il indemnise lui-même ;

2°) à l'égard des dommages réparables par le jeu de la responsabilité, il se charge des démarches et procédures nécessaires à cette réparation. L'assuré possède alors une créance unique d'indemnité dont sont tenus à la fois l'assureur et le responsable. L'obligation de l'assureur est égale dans tous les cas au montant de sa garantie : mais sa contribution est limitée au dommage qui ne peut être réparé par le moyen de la res-

[63] (1) Note R. g. a. t. 1932. 298.

pensabilité. Il doit donc disposer du recours contre le responsable. Ainsi cette seconde modalité du contrat d'assurance de dommages implique nécessairement que le recours de l'assuré passe à l'assureur.

[65] Les primes demandées par l'assureur seront naturellement plus élevées dans le premier cas que dans le second, puisque le risque couvert est plus étendu. Ainsi disparaît l'objection citée plus haut, d'après laquelle le recours accordé à l'assureur serait un avantage gratuit : il a pour contrepartie un abaissement du tarif des primes. Par le moyen de cette diminution des primes, le bénéfice des recours exercés utilement contre des responsables, au lieu de procurer à quelques-uns un enrichissement inopportun, se répartira entre tous les assurés. C'est là un avantage qui fournit au contraire un argument en faveur du recours.

Capitant qui en 1906 prenait parti contre le principe du recours, était obligé en 1930, de s'incliner devant la loi, mais il semble manifester certaines craintes quant à la réalité de cette contrepartie (1). De même M. Gauthier (2) regrette que le législateur n'en ait pas posé le principe. Mais il n'est pas prouvé qu'en fait les tarifs ne tiennent pas compte du recours ; au contraire, la clause par laquelle l'assureur renonce au recours entraîne une surprime.

[66] De ces deux modalités possibles du contrat d'assurance de dommages, la seconde est de beaucoup la plus intéressante au point de vue pratique. Même en reconnaissant qu'aucun obstacle de principe ne s'oppose au cumul, on a une certaine répugnance instinctive à l'admettre dans la pratique : cet enrichissement de l'assuré à l'occasion d'un sinistre a malgré tout quelque chose de choquant. Et surtout, que cherche l'assuré en contractant ? il cherche d'une part à assurer l'intégrité de son patrimoine au cas de la survenance du sinistre, et d'autre part à ne pas payer trop cher. Cette garantie de l'intégrité du patrimoine est la véritable utilité, la raison d'être du contrat, et en général l'assuré n'aura pas l'idée de prendre la charge d'une prime plus lourde pour obtenir un cumul d'indemnités au cas où le dommage lui ouvrirait un droit à des dommages-intérêts : une telle combinaison ne présente pas d'utilité pratique.

La seconde forme du contrat est donc celle qui répond le mieux aux intentions de l'assuré, aux nécessités de la pratique. Elle était d'ailleurs, avant 1930, la plus généralement em-

[65] (1) *La loi du 13 juillet 1930*, article R. g. a. t. 1930. 780 note 50.

(2) Thèse pp. 143-144.

ployée, comme le prouve l'usage de la clause subrogatoire. Aussi le législateur a présumé que les contractants choisissent cette forme, en leur laissant la liberté de disposer autrement par une clause formelle. Nous concluons donc que la solution de l'art. 36 se justifie par l'intention présumée des parties (1).

[67] Des raisons du même genre conduisent à rejeter un système qui a parfois été proposé comme contrepartie au recours de l'assureur. On considère en général que le recours trouve sa contrepartie dans une diminution des primes. Mais M. Guyot (1) et M. Gauthier (2) ont préconisé une restitution des primes dans le cas de succès du recours. C'est là un des derniers retranchements de l'opinion défavorable au recours. Mais ici encore on va contre l'utilité pratique du contrat. L'assuré préfère payer une prime moins élevée plutôt que de toucher dans certains cas une somme supérieure au dommage. D'autre part ce système ne serait pas juridiquement exact, car même si le recours contre le responsable réussit entièrement, l'assureur a rendu à l'assuré des services importants : il a assumé la charge et les frais du procès, il a fait l'avance de l'indemnité, et surtout il a couru le risque d'un dommage non indemnisable par un responsable. Tout cela doit se payer, et il serait injuste que l'assuré recouvre l'intégralité des primes versées. Faut-il alors décider un remboursement partiel ? Mais comment faire, dans le montant des primes, le partage entre le prix des services ainsi rendus par l'assureur et le prix du risque de dommages non réparés ? on aboutit à des difficultés pratiquement insolubles. La seule contrepartie du recours de l'assureur est donc l'abaissement corrélatif des primes.

SECTION III

NATURE JURIDIQUE DE LA SUBROGATION DE L'ARTICLE 36

[68] L'article 36, comme nous venons de le montrer, répond à une nécessité : la forme la plus pratique du contrat d'assurance de dommages implique la transmission à l'assureur du recours de l'assuré. Mais quel procédé juridique fallait-il employer pour y parvenir ? Le législateur a choisi la subrogation, et ce choix a été très généralement critiqué par les auteurs, au

[66] (1) Nous croyons avoir par là-même réfuté suffisamment l'argument de Capitant soutenant que la subrogation légale de l'assureur est contraire à l'intention de l'assuré. *Rev. trim.* 1906. 69

[67] (1) *Op. cit.* Lois nouvelles 1930. 453.

(2) Thèse pp. 25-27 .

nom de la théorie séculaire, d'après laquelle la notion de subrogation est incompatible avec le contrat d'assurance. Ainsi, malgré les termes clairs de la loi, de longues controverses ont été soulevées sur la véritable nature juridique de l'institution : est-ce une véritable subrogation, ou n'est-ce pas plutôt une cession de droits ?

La question a été soulevée à cause des précédents historiques. En effet, la loi de 1930 dans son ensemble a consacré les solutions admises par la pratique antérieure ; en matière de recours de l'assureur, elle s'est inspirée de la pratique très répandue de la clause subrogatoire. Et une doctrine à peu près unanime considérait que l'assureur acquittant sa dette personnelle ne peut bénéficier de la subrogation, et voyait dans la clause dite subrogatoire une cession d'action. Or l'article 36 de la loi de 1930 emploie le terme de subrogation, et les travaux préparatoires très nets dans le même sens ne permettent pas d'invoquer une inadvertance du législateur : « Le texte actuel prévoit une subrogation et non plus une cession de droits. » Et la question a une grande importance au point de vue pratique, puisque les effets de la subrogation et de la cession d'actions sont nettement différents (1).

[69] Malgré le texte nouveau, l'idée restait solidement établie que l'assureur acquittant une dette qui lui est personnelle ne peut en principe être subrogé. Quelques adversaires acharnés de la subrogation, et en particulier Capitant (1), ont soutenu que, malgré les termes de la loi, il s'agissait d'une cession de droits éventuels. M. Niboyet et M. Escarra semblent opiner dans le même sens (2).

La plupart des auteurs n'ont pas osé aller aussi ouvertement contre le législateur et se sont trouvés fort embarrassés ; ils ont tenté de concilier les deux points de vue, mais ne sont parvenus qu'à des théories boiteuses.

a) Certains s'attachent désespérément à l'idée de cession d'action. Il s'agit en réalité, disent-ils, d'une cession d'action, mais le législateur l'a consacrée dans le cadre de la subrogation, il lui a donné les effets de la subrogation. Mais alors on ne voit pas quel intérêt il peut y avoir à dire que la nature juridique est celle d'une cession d'actions si l'on admet que les effets sont ceux d'une subrogation.

b) D'autres renoncent à l'idée de cession d'action, mais n'admettent pas pour autant sans réserve celle de subrogation. Ils considèrent que le législateur, faisant œuvre prétorienne, a admis la subrogation en dehors de ses conditions nor-

[68] (1) Cf. n° 47.

[69] (1) *Op. cit.* R. g. a. t. 1930. 780 note 49.

(2) NIBOYET, note S. 1934. 2. 49 col. 1. — ESCARRA, note D. 1936. 2. 116 col. 2.

males, et que par suite il y a là une subrogation d'une nature particulière, hors du cadre de l'art. 1251, puisque l'assureur n'est pas tenu avec d'autres ou pour d'autres (3).

[70] Ces difficultés, qui n'ont jamais reçu de solution satisfaisante, sont une des nombreuses conséquences de la conception traditionnelle, étroite et stérile de la subrogation, que M. Vitu a dénoncée et critiquée (1). Si, comme nous l'avons fait (2), nous admettons avec M. Vitu une notion beaucoup plus large de la subrogation, si, comme l'arrêt de la Chambre Civile du 14 décembre 1943 semble nous y engager, nous reconnaissons qu'il n'y a pas incompatibilité entre la notion de la subrogation telle qu'elle ressort des articles 1249 et suivants c. civ. et le contrat d'assurance, alors toutes ces difficultés disparaissent, et rien ne nous empêche plus de donner à la volonté du législateur son plein et entier effet. Nous admettons donc que l'art. 36 de la loi de 1930 accorde à l'assureur une véritable subrogation qui n'est que l'application pure et simple de l'art. 1251-3° (3). Aussi, pour le fonctionnement de cette subrogation, les difficultés qui n'ont pas été tranchées par le législateur de 1930 doivent l'être par référence au droit commun de la subrogation.

(3) En ce sens, Douai 24 novembre 1947, J. C. P. 1948. J. 4335 note BESSON ; R. g. a. t. 1948. 130 note A. B.

SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. II n° 734. — PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II n° 300. — GAUTHIER, thèse pp. 98-100.

[70] (1) Article précité, R. g. a. t. 1946. 236 sqq.

(2) N° 54-57.

(3) En ce sens : Alger, 13 novembre 1947, R. g. a. t. 1948. 126 note A. B. GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, *Code des assurances*, n° 706. — note signée P. L.-P., D. C. 1944. J. 39 col. 2. — HOUIN, note S. 1945. 1. 43 col. 2. — VITU *loc. cit.*

En Belgique, VIENNE, article précité, Bull. Ass. 1936. 561 et 565.

MM. PICARD et BESSON (*op. cit.*, t. II n° 300) objectent que si les conditions de la subrogation étaient réunies, il n'y aurait pas besoin d'un texte spécial. Mais l'objection n'est pas péremptoire : même si les conditions étaient réunies, il était bon de le rappeler dans une loi consacrée aux assurances. D'autre part, on pourrait en dire autant dans beaucoup d'autres cas : ainsi les art. 172 et 185 c. comm. accordent la subrogation à celui qui paie par intervention une lettre de change ou un billet à ordre. Peut-on prétendre qu'il paie sa dette personnelle ?

CHAPITRE II

DOMAINE D'APPLICATION DE L'ARTICLE 36

- SECTION 1. — A quelles assurances s'applique l'art. 36 ?
SECTION 2. — A quelles actions ?
SECTION 3. — Contre quelles personnes ? Exceptions du § 3.
SECTION 4. — Domaine d'application dans le temps.
SECTION 5. — Domaine d'application dans l'espace.

SECTION PREMIÈRE

A QUELLES ASSURANCES S'APPLIQUE L'ARTICLE 36 ?

[71] Pour délimiter le champ d'application de l'art. 36, il faut tout d'abord préciser à quelles catégories d'assurances il est applicable. Certaines catégories doivent en être exclues, les unes parce que la loi du 13 juillet 1930 dans son ensemble ne les concerne pas, les autres parce que cette même loi les soumet à un régime différent. Après ces éliminations, il faudra définir de façon positive le domaine de l'art. 36.

§ 1^{er}. — ASSURANCES NON SOUMISES A LA LOI DE 1930.

Il faut d'abord exclure, disons-nous, les assurances qui ne sont pas soumises à la loi de 1930. Elles sont énumérées par l'article 1^{er} de la loi ; ce sont : les assurances maritimes, les assurances fluviales et les réassurances en vertu du § 2 ; les assurances contre les accidents du travail en vertu du § 3 ; les assurances-crédit en vertu du § 4. Sur tous ces points, la loi est claire, et il n'y a pas de difficulté. En matière d'assurance-crédit, il est vrai, Demogue a affirmé l'applicabilité de l'art. 36 (1). Mais cette idée est trop manifestement contraire

[71] (1) Rev. trim. dr. civ. 1936. 705.

au texte formel de la loi : « Les opérations qualifiées d'assurance-crédit ne sont pas régies par la présente loi », et elle n'a d'ailleurs pas trouvé d'écho.

[72] Une difficulté s'est présentée au sujet des assurances aériennes. On a discuté la question de savoir si elles étaient soumises à la loi de 1930, et les deux opinions ont été soutenues (1). Dans le sens de l'applicabilité de la loi de 1930, on a tiré argument *a contrario* du fait que l'art. 1^{er} exclut formellement certaines catégories d'assurances et qu'il ne parle pas des assurances aériennes. Mais l'argument est inopérant. Si le législateur n'a pas exclu nommément les assurances aériennes, c'est tout simplement qu'il les a ignorées, car le développement en est tout récent. Le § 1^{er} de l'art. 1^{er} qui déclare : « La présente loi ne concerne que les assurances terrestres », est suffisant pour exclure les assurances aériennes. D'ailleurs au point de vue pratique, il serait fâcheux d'étendre une réglementation détaillée comme celle de la loi de 1930 à des assurances que le législateur n'a pas eues en vue et qui peuvent avoir une technique différente. Si, pour élaborer le régime juridique de ces assurances nouvelles, on cherche à les rapprocher d'assurances plus anciennes, ce n'est pas vers les assurances terrestres qu'il faut se tourner, mais bien plutôt vers les assurances maritimes. En effet les problèmes qui se posent sont analogues : il s'agit de garantir à l'égard du bâtiment transporteur et des marchandises transportées les risques de modes de transport exposés à des dangers particulièrement graves. Il faut donc décider que la loi du 13 juillet 1930 et en particulier son art. 36 ne s'appliquent pas aux assurances aériennes.

[73] M. Gauthier (1) a soulevé la même question à propos de l'assurance contre le vol ; mais cette hésitation ne se justifie pas. Sans doute l'assurance-vol n'est pas « explicitement visée » par la loi de 1930, mais elle rentre dans le groupe des assurances terrestres, et par suite elle est soumise à la loi de 1930. En pratique le recours contre l'auteur du vol sera généralement inopérant, car il s'agira d'un insolvable ; mais c'est une autre question, et en principe la subrogation de l'art. 36 est certainement applicable.

L'art. 36 est donc inapplicable aux assurances maritimes, fluviales et aériennes, à la réassurance, à l'assurance contre les accidents du travail et à l'assurance-crédit. Quelles en seront les conséquences ? faut-il en déduire que dans ces assurances le recours de l'assuré ne pourra passer à l'assureur ?

[72] (1) Pour l'applicabilité de la loi de 1930 : LEMOINE, *Traité de droit aérien*, n° 1008 sqq. — GAUTHIER, thèse p. 105.

Contra : PICARD et BESSON, *Traité général*, t. 1^{er} p. 190.

[73] (1) Thèse p. 105.

non pas, mais seulement qu'il ne s'exercera pas dans les termes de l'art. 36 ; il est alors soumis soit à une réglementation particulière en matière d'accidents du travail, soit au droit commun (2).

§ 2. — L'ARTICLE 36 NE S'APPLIQUE PAS AUX ASSURANCES DE PERSONNES.

[74] Telles sont donc les assurances qui doivent être exclues du champ d'application de l'art. 36 parce que la loi de 1930 dans son ensemble ne leur est pas applicable. D'autres doivent être exclues parce que la loi leur donne un régime différent : ce sont les assurances de personnes. L'art. 36 est placé au titre des assurances de dommages, et l'art. 55 écarte la subrogation en matière d'assurances de personnes. Parmi les assurances de personnes, il faut classer sans aucun doute les assurances-vie et l'assurance individuelle contre les accidents.

La distinction ainsi posée entre assurances de dommages et assurances de personnes semble très nette. Pourtant un doute s'est élevé à propos de la garantie des frais médicaux et pharmaceutiques souvent stipulée dans l'assurance individuelle contre les accidents. Cette garantie est incluse dans un contrat d'assurance de personnes, mais elle présente les caractères d'une assurance de dommages : il ne s'agit pas du paiement d'une somme arbitraire, mais du remboursement de frais parfaitement évaluables. Ce qui est fixe, c'est un tarif ou un maximum ; mais l'assuré ne pourra percevoir au titre de cette garantie une somme supérieure aux frais réels. D'autre part la pratique n'admet pas en cette matière les assurances cumulatives : l'assuré ne pourrait se faire rembourser ses frais par plusieurs assureurs ; l'ordre public s'y oppose : il n'y a pas danger de sinistre volontaire proprement dit, mais l'assuré aurait intérêt à multiplier les frais. La connexité de cette garantie à une assurance de personnes ne doit donc pas faire illusion : il s'agit d'une assurance de dommages (1). Comme le fait remarquer M. Klein (2), rien n'empêche de réunir dans un même *instrumentum* une assurance de personnes et une assu-

(2) Cf. 3^{me} partie.

[74] (1) En ce sens : trib. comm. Marseille 5 mai 1944, R. g. a. t. 1944. 229 et la note signée A. B.

PICARD et BESSON, *Traité général*, t. IV n° 303 *in fine*. — KLEIN, *L'assurance individuelle contre les accidents*, thèse Paris 1934, p. 200 sqq.

La même solution est admise en Belgique : trib. civ. Bruxelles, 2 janvier 1942, Rev. gén. ass. resp. 1942. 3733. Juge de paix Dison, 6 décembre 1938, Rev. gén. ass. resp. 1939. 2982. — R. VIENNE, article précité. Bull. des Ass. 1936. 568 — concluent à l'applicabilité de l'article 22 loi de 1874.

Mais la jurisprudence suisse semble en sens contraire : trib. féd. suisse 19 septembre 1944, R. g. a. t. 1947. 333 note W. S.

(2) *Loc. cit.*

rance de dommages : il en est ainsi par exemple dans les polices d'assurance pour la chasse. Donc, dans la mesure où il a remboursé des frais médicaux, pharmaceutiques et d'hospitalisation, l'assureur contre les accidents peut réclamer le bénéfice de l'art. 36.

§ 3. — ASSURANCES SOUMISES A L'ARTICLE 36.

[75] L'article 36 est applicable essentiellement aux assurances de dommages terrestres : assurance contre l'incendie, assurance des transports, assurance contre la mortalité du bétail, etc..., et il faut y joindre l'assurance de responsabilité, dont le caractère particulier a parfois suscité des hésitations. Lorsque l'assuré dispose d'un recours total ou partiel contre d'autres personnes responsables, ce recours passe à l'assureur. En effet, dans l'esprit du législateur de 1930, l'assurance de responsabilité fait partie des assurances de dommages, puisqu'il en traite dans une section IV du titre II sur les assurances de dommages ; les travaux préparatoires l'indiquent clairement (1). La jurisprudence belge (2) et la jurisprudence suisse (3) décident dans le même sens.

SECTION II

A QUELLES ACTIONS S'APPLIQUE LA SUBROGATION
DE L'ARTICLE 36 ?

[76] L'art. 36 vise essentiellement l'action en responsabilité qui peut appartenir à l'assuré. Mais à ce sujet deux questions se posent :

1°) l'art. 36 s'applique-t-il à toute action en responsabilité ?

2°) s'applique-t-il uniquement à l'action en responsabilité ?

§ 1^{er}. — L'ARTICLE 36 S'APPLIQUE A TOUTE ACTION EN RESPONSABILITÉ.

On l'a parfois contesté, en soutenant qu'il ne visait pas l'action en responsabilité contractuelle ni celle qui se fonde sur une responsabilité présumée. La question s'est posée en particulier à propos de la responsabilité du locataire d'un immeu-

[75] (1) Rapport LAFARGE, Journ. Off. 12 décembre 1926, annexe n° 3316.
(2) Trib. civ. Verviers, 4 janvier 1938. Rev. gén. ass. resp. 1938. 2645.
(3) Trib. féd. suisse 26 juin 1936, R. g. a. t. 1937, 176 note W. S.

ble, présumée par l'art. 1733 : l'assureur du propriétaire peut-il aussi se prévaloir de l'art. 1733 ? (1) A vrai dire, la question a été rarement débattue devant les tribunaux, parce qu'en général le locataire est lui-même assuré contre les risques locatifs, et qu'entre assureurs on ne discute pas la question de subrogation. Il est arrivé cependant que des locataires qui n'étaient pas assurés cherchent à repousser le recours de l'assureur du propriétaire, et quelques décisions leur avaient donné raison (2).

Cette opinion tire argument des termes du texte « les tiers » et « par leur fait » : ces mots supposent, dit-on, un tiers qui a commis un délit ou un quasi-délit. D'autre part, alors que dans l'ensemble la loi de 1930 consacre la pratique antérieure, l'art. 36 ne reproduit pas les termes de l'ancienne clause subrogatoire : « les tiers responsables à quelque titre que ce soit » ; le législateur aurait volontairement abandonné cette formule.

[77] Mais cette interprétation a contre elle l'ensemble de la doctrine, notamment MM. Ancey et Sicot, Picard et Besson. Lalou (1) ; et elle a été condamnée par un arrêt de la cour de Paris du 13 mai 1946 (2) réformant le jugement du tribunal de Chartres du 16 février 1944. Les travaux préparatoires sont en faveur de l'interprétation large : l'exposé des motifs constate la pratique antérieure de la subrogation contre les responsables « à quelque titre que ce soit », et exprime l'intention de consacrer cette pratique ; il précise même que l'assureur peut invoquer l'art. 1733 c. civ. contre le locataire responsable de l'incendie.

A cela le tribunal de Chartres objecte que les travaux préparatoires ne sauraient prévaloir contre un texte clair et formel. Sans doute, mais on ne peut dire que le texte soit formel dans le sens de l'interprétation restrictive. L'argument qu'on prétend tirer du mot « fait » est bien faible : celui qui est présumé responsable doit être assimilé à celui qui a causé le dommage par son fait ; il est responsable en vertu de la fiction de la loi ; le sinistre est son fait sinon matériellement au moins juridiquement, et les conséquences doivent en être les mêmes. D'ailleurs, comme le note M. Lalou (3), il a été

[76] (1) Sur cette question, voir en particulier note LALOU D. 1946. J. 401.

(2) Trib. civ. Guéret 12 mai 1937, D. H. 1937. 514 ; R. g. a. t. 1938. 102 note M. P. — Dakar, janvier 1940, Rec. Penant août 1946 p. 195. — Trib. civ. Chartres 16 février 1944, D. 1946. J. 400.

[77] (1) ANCEY et SICOT, *La loi sur le contrat d'assurance*, p. 162. — PICARD et BESSON, *op. cit.*, t. II n° 306. — BESSON, note J. C. P. 1948. J. 4335. — LALOU, note précitée.

Dans le même sens, note signée M. P. précitée. — Note signée A. B., R. g. a. t. 1946. 290.

(2) D. 1946. J. 400 note LALOU. — R. g. a. t. 1946. 287 note A. B.

(3) Note précitée.

admis à propos de l'application de l'art. 1178 que l'incendie dont le locataire est présumé responsable est son fait : il est considéré par suite comme ayant empêché le bail de se terminer à fin normale.

Les termes de la loi admettent donc parfaitement l'interprétation large. Or lorsqu'un texte est susceptible de plusieurs interprétations, il y a lieu de rechercher l'intention du législateur en recourant aux travaux préparatoires, et ils sont, nous l'avons vu, favorables à l'interprétation large.

[78] Nous pouvons remarquer aussi que la distinction que l'on a voulu introduire ici entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle n'a pas de raison d'être, car les raisons par lesquelles nous avons justifié la subrogation de l'assureur sont valables dans tous les cas (1) : l'assuré cherche la certitude d'être indemnisé, moyennant la prime la plus faible possible, et il est présumé avoir dans ce but renoncé à son recours en faveur de l'assureur. Aussi, quelle que soit la nature de la responsabilité, il ne conserve son recours qu'à condition d'une clause formelle. Il semble d'ailleurs que les juges qui ont voulu limiter l'art. 36 au cas de responsabilité délictuelle pour faute prouvée n'ont pas eu pour but de ménager au propriétaire assuré une double indemnisation, mais plutôt qu'ils se sont laissés émouvoir par la situation désastreuse de locataires qui n'avaient pas eu la précaution de s'assurer et qui risquaient de se voir imposer une responsabilité écrasante à l'occasion d'un sinistre dont ils n'étaient peut-être pas la cause et où ils avaient eux-mêmes perdu leur mobilier. Sans doute il est des cas où les responsabilités présumées sont trop rigoureuses, mais on ne voit pas en vertu de quel principe juridique les juges pouvaient ainsi exonérer le locataire de sa responsabilité.

[79] Le tribunal de Chartres objectait aussi que dans le cas d'assurance d'un immeuble loué par exemple, l'assureur aurait la certitude d'être remboursé si on lui permet de recourir contre le locataire, puisqu'il pourrait le faire sans prouver une faute ; ainsi le contrat perdrait son caractère aléatoire et la prime deviendrait sans objet. Mais c'est une vue trop simpliste ; tout risque ne se trouve pas éliminé pour l'assureur : en effet, le locataire non assuré peut être insolvable, ou encore il peut s'exonérer dans les termes prévus à l'art. 1733, en prouvant le cas fortuit, la force majeure, le vice de construction ou l'origine de l'incendie dans une maison voisine ; sauf dans ce dernier cas, l'assureur devra supporter définitivement la charge du dommage.

[78] (1) Note signée M. P., R. g. a. t. 1938. 105.

Nous admettrons donc que la subrogation de l'art. 36 s'applique indistinctement à toute action en responsabilité : prouvée ou présumée, délictuelle ou contractuelle. C'est la solution admise aussi en Belgique (1). Elle s'applique en particulier contre celui qui, détenant la chose d'autrui en vertu d'un contrat, est présumé responsable de sa perte : transporteur, dépositaire, locataire, etc... Il faut toutefois en excepter le fermier, que la loi du 13 avril 1946 portant statut du fermage met à l'abri du recours de l'assureur par son article 20 ainsi conçu : « En cas d'incendie, ni le bailleur, ni les compagnies d'assurances ne pourront invoquer un recours contre le preneur, s'il n'y a faute grave de sa part. »

§ 2. — L'ARTICLE 36 S'APPLIQUE SEULEMENT A L'ACTION EN RESPONSABILITÉ.

[80] La subrogation de l'art. 36 s'applique à toute action en responsabilité ; mais s'applique-t-elle seulement aux actions en responsabilité ? La question se pose à propos de l'assurance contre le vol : l'auteur du vol sera difficile à identifier et généralement insolvable ; l'action en responsabilité contre lui ne présente donc pas d'intérêt pour l'assureur. Mais la chose volée peut être retrouvée aux mains d'un tiers, et l'assureur pourrait songer à se dédommager en exerçant l'action en revendication qui appartient à l'assuré.

Mais il ne peut pour cela invoquer l'art. 36, qui parle « des droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage » : il ne peut s'agir que de l'action en responsabilité et non de la revendication (1). Ce point est si évident qu'il n'a jamais, semble-t-il, été mis en doute. On a seulement suggéré, pour y remédier, la transmission de l'action en revendication par une clause spéciale de la police. Mais il faut se poser la question de la validité d'une telle clause, car la validité des cessions de droits à l'assureur est très douteuse depuis la loi de 1930. C'est une question qui sera examinée ultérieurement (2).

[79] (1) LALOUX, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, n° 342 .

[80] (1) En ce sens, PICARD et BESSON, *op. cit.* tome II n° 306 et 321. — HAMONIC, *L'assurance-vol*, thèse Paris 1934, n° 260.

(2) N° 158.

SECTION III

CONTRE QUELLES PERSONNES PEUT S'EXERCER LE RECOURS ? EXCEPTIONS DU § 3

[81] Le recours de l'assureur de dommages subrogé en vertu de l'art. 36 de la loi de 1930, ne peut pas s'exercer contre n'importe qui : le § 3 y apporte une exception importante en faveur des parents et des préposés de l'assuré.

§ 1^{er}. — JUSTIFICATION DE L'EXCEPTION. — PRÉCÉDENTS. — DISPOSITIONS DES LOIS ÉTRANGÈRES.

Nous avons vu que la subrogation de l'assureur peut s'exercer quelle que soit la nature de la responsabilité. Mais peut-elle aussi s'exercer contre n'importe quel responsable ? une difficulté surgit dans certains cas. Supposons que le responsable soit un enfant ou un préposé de l'assuré ; dans la rigueur des principes, l'assureur pourrait recourir contre cet enfant ou ce préposé, et comme ces personnes seront généralement insolvables, l'action se retournerait en définitive contre l'assuré considéré comme civilement responsable. Ainsi il devrait restituer d'une main ce qu'il recevrait de l'autre. Un tel résultat est évidemment inadmissible, car il supprimerait pratiquement la garantie que l'assuré est en droit d'attendre de son contrat.

De longue date, et bien avant la loi de 1930, on s'était préoccupé de cette question. Divers palliatifs avaient été proposés par la pratique, notamment en matière d'assurance de responsabilité automobile, mais ils n'étaient pas juridiquement fondés (1). Certains auteurs (2) ont affirmé que, même formulée dans les termes les plus généraux, la clause subrogatoire ne pouvait avoir effet à l'égard des personnes dont l'assuré est civilement responsable, car ce recours se retournant contre l'assuré et annihilant les effets du contrat était trop manifestement contraire à l'intention des parties. Cette idée n'est peut-être pas à l'abri de toute critique, et MM. Henri et Léon Mazeaud lui objectent que les contrats restent valables, même si les parties n'en ont pas prévu toutes les conséquences (3).

[81] (1) Voir sur ce point H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. III n° 2737.

(2) Notes signées M. P. R. g. a. t. 1930. 585 et 1932. 528.

Dans le même sens, Paris 14 mars 1930, D. 1930. 2. 116 note BESSON ; R. g. a. t. 1930. 577.

(3) *Loc. cit.*

[82] En tout cas, la meilleure solution consistait à stipuler formellement cette exception. Une disposition en ce sens se trouve dans le projet de 1904, et aussi dans la police-type incendie de 1913, dont l'art. 27 § 3 est conçu en ces termes : « La compagnie renonce, en tout état de cause et sans surprime, à exercer un recours contre toute personne dont l'assuré est civilement responsable, le cas de malveillance excepté. » Cette exception insérée dans la clause subrogatoire s'était étendue aux autres assurances de dommages, et notamment aux assurances de responsabilité : elle visait seulement les personnes dont l'assuré est civilement responsable, et réservait le cas de malveillance.

Le § 3 de l'art. 36 reprend la même disposition en l'élargissant : « Par dérogation aux dispositions précédentes, l'assureur n'a aucun recours contre les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes. » Il ne s'agit plus seulement des personnes dont l'assuré est civilement responsable, puisque l'énumération comprend les enfants même majeurs, les ascendants, les descendants, et toute personne vivant avec l'assuré. Dès lors les considérations qui justifiaient la solution antérieure ne suffisent plus.

[83] Une première explication de cette extension du texte a été proposée par M. Trasbot (1) : le dommage a été causé par la faute d'une personne qui vit en commun avec l'assuré ; *ipso facto*, il y aurait faute de l'assuré lui-même, par défaut de surveillance. Mais cette explication ne peut être retenue : d'abord elle suppose que la vie en commun avec l'assuré est une condition indispensable du bénéfice du § 3, ce qui est contesté à juste titre (2). Surtout on ne peut raisonnablement soutenir que l'assuré, qui n'est d'ailleurs pas nécessairement le chef de son foyer, ait à l'égard des personnes qui habitent avec lui une obligation de surveillance s'étendant même au dehors du domicile commun.

La seconde raison invoquée par M. Trasbot est la seule véritable : le recours de l'assureur contre les personnes visées au § 3 « retentirait en droit ou en fait sur l'assuré lui-même » : en droit, comme nous l'avons vu, dans le cas où l'assuré est civilement responsable de l'auteur de la faute ; et au moins en fait dans les autres cas. En effet, il s'agit de personnes auxquelles l'assuré est uni par des liens étroits de parenté ou d'alliance ; s'il n'était pas assuré, il n'aurait pas exercé lui-même

[83] (1) Commentaire de la loi du 13 juillet 1930, D. 1931. 4. 24.

(2) Cf., *infra* n° 85 sqq.

de recours ; et dans la crainte de voir l'assureur poursuivre ses proches, il préférerait souvent renoncer au bénéfice de son contrat. C'est ce que le législateur a voulu éviter ; il a considéré à juste titre que l'assuré n'a pas voulu permettre à son assureur de poursuivre des personnes qu'il n'aurait pas lui-même poursuivies.

[84] Une disposition analogue a été adoptée par un certain nombre de lois étrangères, notamment :

la loi suisse du 2 avril 1908, art. 72 ;

la loi allemande du 30 mai 1908, art. 67 ;

la loi chinoise du 30 décembre 1929, art. 45, § 2 ;

la loi tchécoslovaque du 3 juillet 1934, art. 62, § 2, pour les assurances de choses et art. 121 pour les assurances de responsabilité ;

le nouveau code civil italien du 16 mars 1942, art. 1916 § 2.

Toutefois en Belgique la loi de 1874 ne contient aucune disposition de ce genre ; mais la pratique y supplée par une clause usuelle dans les polices (1). Et la loi roumaine du 4 juillet 1930 observe le même silence.

§ 2. — DÉTERMINATION DES BÉNÉFICIAIRES.

[85] Après avoir exposé les motifs de l'exception contenue dans le § 3 de l'art. 36, il nous faut maintenant préciser quels en sont les bénéficiaires. Un premier point est certain : l'expression « toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré » doit être entendue restrictivement ; elle implique l'existence d'un même domicile, d'une communauté de vie, et ne peut s'appliquer en particulier au sous-locataire. Le projet primitif de 1925 portait les mots : « toute personne demeurant habituellement chez l'assuré », et c'est précisément pour exclure le sous-locataire que le législateur a modifié la formule. Bien entendu le sous-locataire n'est pas exclu par principe en vertu de sa seule qualité de sous-locataire, et s'il rentre dans l'une des catégories énumérées, il pourra invoquer le § 3.

[86] Un autre problème beaucoup plus délicat se trouve posé par la rédaction défectueuse et ambiguë du texte : « les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, *et généralement* toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré. » Cette formule est susceptible de deux interprétations différentes :

1°) la condition de vie au foyer de l'assuré peut s'appliquer aux personnes énumérées au début. La formule du texte

[84] (1) LALOU, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, n° 343.

désignera alors seulement ceux qui vivent avec l'assuré, c'est-à-dire en général des parents et préposés ;

2°) mais la formule finale peut aussi être considérée comme un dernier terme de l'énumération, indépendant des autres. Le texte viserait alors deux catégories de personnes : d'une part toute personne vivant au foyer de l'assuré, et d'autre part les parents et préposés énumérés par le texte, indépendamment de toute condition de cohabitation.

En d'autres termes, la question est de savoir si la condition de cohabitation doit être exigée des parents et préposés.

La question s'est rarement posée devant les tribunaux, et elle a été tranchée pour la première fois par la Cour suprême le 28 octobre 1947 (1). La première interprétation, la plus restrictive, avait été admise par quelques auteurs (2), et par certaines décisions de juridictions inférieures, notamment un jugement du tribunal d'Issoudun du 9 février 1939, confirmé par arrêt de la cour d'appel de Bourges du 14 février 1940 (3). Mais cet arrêt a été cassé par l'arrêt de la Chambre Civile du 28 octobre 1947 qui, en accord avec la grande majorité des auteurs (4), adopte l'interprétation large. Examinons les arguments présentés dans un sens et dans l'autre.

[87] A) *La lettre du texte.* — Recherchons d'abord la solution du problème dans la lettre du texte. En faveur de l'interprétation restrictive, on a surtout fait état du mot « généralement », et prétendu qu'en interprétant autrement, ce mot serait superflu : l'énumération est seulement, dit-on, une série d'exemples se rattachant à la formule finale qui est la formule essentielle résumant et généralisant ce qui précède. Mais l'argument n'est pas convaincant : le mot « généralement » n'est pas forcément dépourvu de sens par le seul fait que l'on refuse d'appliquer les derniers mots aux termes de l'énumération : on peut considérer qu'il renforce le sens des mots « toute personne ».

Dans l'affaire tranchée par l'arrêt de la Chambre Civile du 28 octobre 1947, la défense avait tiré argument de l'in-

[86] (1) Civ. 28 octobre 1947, D. 1948, J. 13 note P. L.-P. — J. C. P. 1948, J. 4146 note BESSON ; Gaz. Pal. 1947, 2. 277 ; R. g. a. t. 1947, 384 note A. B.

(2) GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, *Code des assurances* n° 724. — SUMIEN, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres* n° 151.

(3) Trib. Issoudun 9 février 1939, Gaz. Pal. 1939, 2. 168 en sous-note ; R. g. a. t. 1939, 481 note A. B. — Bourges 14 février 1940, R. g. a. t. 1940, 305 note A. B.

Voir aussi trib. paix Belfort 4 juillet 1938, Gaz. Pal. 1938, 2. 571 ; R. g. a. t. 1938, 970 note A. B. — Douai 24 novembre 1947, J. C. P. 1948, J. 4335 note BESSON ; R. g. a. t. 1948, 130 note A. B.

(4) BESSON, note précitée. — PICARD et BESSON, *Traité général*, t. II n° 314. — H. et L. MAZEAUD, *Traité* t. III n° 2738 ; Rev. trim. 1939, 479 ; 1948, 72 et 344. — TRASBOT, *op. cit.*, D. 1931, 4. 24. — LEPARGNEUR, *Traité* de PLANIOL et RIPERT, t. XI n° 1323. — GAUTHIER, thèse pp. 128-129. — Notes signées A. B. précitées. — Note signée P. L.-P., D. 1948, J. 13.

interprétation admise pour un texte contenant une formule analogue, l'art. 538 c. civ. : « Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat... les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public. » Les termes de l'énumération ne sont que des exemples. Mais cet argument n'a pas influencé la Cour suprême, et un auteur éminent le réfute de façon péremptoire (5) en faisant observer que la situation ne se présente pas dans les mêmes termes : les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, etc... remplissent forcément la condition de n'être pas susceptibles de propriété privée, tandis que les parents, alliés et préposés de l'assuré ne remplissent pas forcément la condition d'habiter avec lui.

[88] En faveur de l'interprétation large, M. Gauthier (1) invoque la virgule qui précède les mots « et généralement », et qui annoncerait un dernier terme de l'énumération indépendant des autres ; mais cet argument est bien faible lui aussi, et il semble qu'en réalité la virgule soit nécessaire dans un sens comme dans l'autre.

Certains auteurs, parmi lesquels M. Besson (2), font observer que, si l'on admet que les personnes énumérées doivent satisfaire à la condition de cohabitation, l'énumération contenue dans le texte et distinguant soigneusement les différents parents et alliés, serait parfaitement inutile. Mais l'argument n'est pas non plus péremptoire. Outre que de telles imperfections ne sont pas rares dans la rédaction des textes législatifs modernes, celle-ci s'expliquerait facilement par l'origine du texte : l'art. 26 du projet de 1904 ne visait que « les enfants, descendants... domestiques demeurant habituellement chez l'assuré » ; le législateur de 1930 a gardé la formule en l'élargissant.

Nous ne trouvons donc dans la lettre du texte aucun élément qui permette de trancher la question posée, et nous sommes toujours devant la même ambiguïté ; les différents arguments que l'on a cru y trouver dans un sens et dans l'autre se révèlent tous inopérants. Il faut alors rechercher dans les travaux préparatoires des éléments susceptibles d'éclairer l'intention du législateur.

[89] B) *Les travaux préparatoires.* — Ils ne tranchent pas explicitement la question. On y a seulement relevé en faveur de l'interprétation étroite certaines phrases qui semblent sup-

(5) Note signée P. L.-P., D. 1948. J. 13.

[88] (1) *Loc. cit.*

(2) Note J. C. P. 1948. J. 4146. — Dans le même sens, note signée A. B., R. g. a. t. 1938. 972.

poser que l'exclusion du recours repose sur la vie en commun. Ainsi le texte du projet de loi Godart étend la suppression du recours « à toutes les personnes qui demeurent habituellement chez l'assuré », et l'exposé des motifs précise que l'exception ne s'applique pas au sous-locataire parce qu'il « ne rentre pas dans la catégorie des personnes habitant avec l'assuré ». Mais c'est forcer le sens de ces expressions que de leur attribuer une telle portée : la première ne dit pas que la renonciation soit étendue *seulement* aux personnes habitant chez l'assuré. Quant à la seconde, elle vise seulement à préciser la portée du texte, elle ne parle que du cas des personnes vivant chez l'assuré parce que c'est le seul que l'on serait tenté d'invoquer à propos du sous-locataire. Donc, ici encore, rien de décisif.

Mais l'exposé des motifs fournit une indication beaucoup plus importante lorsqu'il précise que le texte nouveau est plus large que la pratique antérieure. Or l'opinion d'après laquelle la condition de cohabitation serait applicable aux parents et préposés serait très restrictive (1) : la femme et les jeunes enfants de l'assuré, et ses domestiques de maison, seraient dans la plupart des cas les seules personnes mises à l'abri du recours de l'assureur. Il n'en résulte pas de grave inconvénient en matière d'assurance-incendie, car le responsable de l'incendie sera souvent parmi ces personnes ; mais il n'en est pas de même en matière d'assurance de responsabilité. Or la pratique antérieure de la clause subrogatoire excluait le recours contre les personnes dont l'assuré est civilement responsable, y compris par conséquent le groupe important des préposés professionnels ; ceux-ci n'habitant pas en général chez l'assuré, ne pourraient bénéficier du texte nouveau, qui serait ainsi plus étroit que la pratique antérieure. C'est un premier argument qui peut être retenu en faveur de l'interprétation large du texte.

[90] C) *L'esprit de la loi*. — Et surtout, devant l'ambiguïté de la loi et le silence des travaux préparatoires, il faut recourir à l'esprit de la loi, aux motifs précédemment exposés, qui justifient la solution de l'art. 36 § 3. Il s'agit d'abord d'empêcher que le recours de l'assureur aboutisse contre l'assuré considéré comme civilement responsable. L'exception du § 3 doit donc couvrir tous ceux dont l'assuré est civilement responsable ; or, si l'on applique aux parents et alliés la condition de cohabitation, il faut logiquement l'appliquer aussi aux préposés, employés et ouvriers, et, à l'exception des domestiques de maison, cette condition leur fera presque toujours

[89] (1) PICARD et BESSON, *Traité général des ass. terr.* t. II n° 314.

défaut. Le recours de l'assureur pourrait alors s'exercer contre les préposés et contre l'assuré leur commettant.

Mais le législateur, nous l'avons vu, a visé plus loin : il a voulu d'une façon générale empêcher le recours de l'assureur contre des personnes que l'assuré n'aurait pas voulu poursuivre lui-même parce qu'il a avec elles des liens particuliers résultant de la parenté, de l'alliance ou de la profession : car l'assuré aimerait mieux renoncer au bénéfice de son contrat, plutôt que d'exposer ces personnes-là au recours de l'assureur. C'est un aspect particulier de l'esprit qui anime toute la loi de 1930 : le souci de la protection de l'assuré ; il convient de lui faire produire tout son effet. Or à ce point de vue, la cohabitation n'a aucune importance (1) : le fils de l'assuré, par exemple, qu'il habite ou non avec lui, est toujours son fils, et l'assuré n'aurait pas voulu recourir contre lui ; le lien de parenté suffit à justifier la suppression du recours de l'assureur.

[91] Cette manière de voir est également plus conforme à l'intention de l'assuré, qui n'a certainement pas voulu donner à l'assureur un recours contre ses proches. Or en cette matière de la subrogation de l'assureur, le législateur a surtout constaté la volonté probable des parties.

Les motifs qui ont dicté au législateur le § 3 de l'art. 36 nous indiquent donc clairement qu'il s'applique aux parents et préposés de l'assuré, même n'habitant pas avec lui. Il y a ainsi deux catégories de bénéficiaires : d'une part les parents et préposés énumérés par le texte, et d'autre part toute personne vivant au foyer de l'assuré.

Cette solution qui nous semble exigée non seulement par l'esprit de la loi française sur le contrat d'assurance, mais encore par des nécessités pratiques d'une valeur universelle, est pourtant rejetée par plusieurs législations étrangères modernes, notamment les législations italienne et tchécoslovaque (1). La législation chinoise adopte une solution intermédiaire (2) : elle exige la condition de cohabitation pour les parents, mais pas pour les préposés. D'après ce qui a été dit précédemment, cette distinction est difficilement justifiable.

§ 3. — LE CAS DE MALVEILLANCE.

[92] Le § 3 de l'art. 36 qui supprime le recours de l'assureur contre les parents et les préposés de l'assuré réserve expressément le cas de malveillance. Ce n'est pas une innovation : la

[90] (1) BESSON; note J. C. P. 1948. J. 4146. — note signée A. B., R. g. a. t. 1940. 307.

[91] (1) Art. 62 § 2 et 121 loi tchécoslovaque du 3 juillet 1934 ; art. 1916 code civil italien du 16 mars 1942.

(2) Art. 45 § 2 loi chinoise du 30 décembre 1929.

même réserve se trouvait déjà dans l'art. 26 du projet de 1904 et dans les clauses utilisées par la pratique. Elle se justifie aisément : il faut éviter que grâce au contrat d'assurance et à sa situation par rapport à l'assuré, celui qui a causé un sinistre par malveillance se trouve à l'abri de tout recours ; l'acte de malveillance pourrait fort bien ne pas constituer une infraction pénale, et se trouverait ainsi complètement dépourvu de sanction. De telles conséquences, socialement dangereuses, doivent toujours être évitées. D'ailleurs cette solution est en accord avec la volonté présumée de l'assuré : celui-ci ne voudrait pas en général exercer un recours contre son proche parent ou son préposé ; mais si ce parent ou ce préposé a causé le sinistre par acte de malveillance, l'assuré n'a plus les mêmes raisons d'avoir des égards pour lui.

[93] Mais si le fait de malveillance permet à l'assureur de recourir contre les parents et préposés de l'assuré, on s'accorde généralement pour reconnaître qu'il ne saurait lui permettre de se retourner contre son assuré considéré comme civilement responsable (1). On peut invoquer en ce sens plusieurs raisons : d'abord, comme nous l'avons vu, cette exception présente un certain caractère pénal, et par suite elle doit rester strictement personnelle à l'auteur de la malveillance. D'autre part ce recours contre l'assuré lui-même serait contraire au souci constant du législateur de protéger l'assuré, et notamment à l'art. 13 de la loi qui impose formellement à l'assureur la garantie des fautes des personnes dont l'assuré est civilement responsable : « L'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'art. 1384 du code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes. » Enfin, ce serait contraire à l'intention de l'assuré et à l'adage *Nemo contra se subrogasse censetur* : il est bien évident que l'assuré n'a pas voulu subroger l'assureur contre lui-même.

En aucun cas on ne peut admettre que l'assureur reprenne ainsi indirectement à l'assuré l'indemnité qu'il a dû lui verser. Sans doute il faut mettre à part le cas où l'assuré lui-même aurait été complice de l'acte de malveillance ; mais c'est alors une autre question qui se pose, une question de déchéance : l'assuré perd le bénéfice de son contrat. Dans ce cas, l'assureur ne reprend pas ce qu'il a d'abord versé, il ne doit rien (2).

[93] (1) En ce sens, PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II n° 315. — Suzanne GRILLON, thèse p. 126. — LEPARGNEUR, *Traité de PLANIOL et RIPERT*, tome XI, n° 1323.

(2) La question de savoir si, lorsque le responsable est une des personnes visées au § 3, l'assuré peut exercer lui-même le recours, sera examinée ultérieurement (n° 166-168), car la même question se pose en cas de renonciation de l'assureur à la subrogation.

SECTION IV

APPLICATION DE L'ARTICLE 36 DANS LE TEMPS

[94] L'article 36 s'applique évidemment aux contrats d'assurance conclus depuis la loi de 1930. Mais la question se pose de savoir si un assureur qui règle un sinistre en vertu d'un contrat antérieur à 1930 peut invoquer le bénéfice de l'art. 36. D'après MM. Picard et Besson, la question ne serait plus susceptible de se poser, car la loi de 1930 serait maintenant applicable intégralement à tous les contrats d'assurance en cours (1); nous allons voir que ce n'est peut-être pas tout à fait exact, et qu'en tout cas, s'il n'a qu'un intérêt pratique très faible, le problème soulève une question théorique importante.

Les modalités de l'entrée en vigueur de la loi de 1930 sont réglées par l'art. 84, dans des termes qui, malheureusement, ne sont pas très clairs : « Les dispositions de la présente loi *portant prohibition de certaines clauses* ne régissent que les assurances souscrites ou renouvelées six mois après sa promulgation, ainsi que les assurances d'une durée supérieure à dix ans dont la période décennale en cours est arrivée à expiration après ledit délai de six mois. »

La fin de ce texte ne présente pas de difficulté : le législateur a reporté à six mois l'application de la loi, dans le but, indiqué par l'exposé des motifs, de permettre aux compagnies de mettre le texte de leurs polices en accord avec la loi nouvelle. Elle s'applique donc à tous les contrats conclus à partir du 13 janvier 1931, et à juste titre, le législateur assimile le renouvellement d'un contrat à la conclusion d'un contrat nouveau. En principe, elle ne s'applique pas aux contrats antérieurs. Mais certains contrats pouvaient être conclus pour une durée très longue. Et la loi de 1930, soucieuse avant tout de la protection de l'assuré, pose dans ce but des règles qu'elle considère comme très importantes et d'ordre public ; elle n'a pas voulu que des contrats antérieurs y restassent soustraits pendant très longtemps. Aussi, faisant application du principe nouveau posé par l'article 5 d'après lequel les contrats de longue durée sont résiliables tous les dix ans, elle les considère comme tacitement renouvelés tous les dix ans, et soumis à la loi de 1930 à l'ouverture de la prochaine période décennale après le 13 janvier 1931.

[95] Mais les premiers mots du texte sont plus embarrassants : ils restreignent la règle aux dispositions de la loi « por-

[94] (1) PICARD et BESSON, *op. cit.* t. 1^{er} n° 102-1^o.

tant prohibition de certaines clauses ». Comme l'ont fait remarquer certains auteurs (1), cette expression ne doit pas être interprétée trop strictement : elle ne doit pas inclure seulement les dispositions qui condamnent explicitement une clause déterminée, mais d'une façon générale toutes les dispositions impératives de la loi, puisqu'elles prohibent implicitement la clause contraire.

MM. Picard et Besson (2) vont beaucoup plus loin et estiment que l'art. 84 s'applique à toutes les dispositions de la loi, impératives ou supplétives. Ainsi la loi de 1930 s'appliquerait intégralement à tous les contrats d'assurance sans exception depuis le 13 janvier 1941, et le problème de l'application de l'art. 36 dans le temps ne serait plus susceptible de se poser.

Mais cette interprétation nous semble aller trop directement contre les termes de la loi, sans raison suffisante. Le texte de l'art. 84 § 1^{er} peut fort bien s'interpréter autrement : il ne s'applique qu'aux dispositions impératives de la loi de 1930. Quant aux dispositions seulement supplétives, il n'en est pas question ; il faut alors revenir au principe général de l'art. 2 du code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. » En principe les effets d'un contrat sont régis par la loi en vigueur à l'époque où il a été passé (3). Les dispositions supplétives de la loi de 1930 s'appliquent évidemment aux contrats conclus ou renouvelés depuis le 13 janvier 1931. Elles ne s'appliquent pas aux contrats conclus entre le 13 juillet 1930 et le 13 janvier 1931 : cette solution ne résulte pas des principes généraux, et elle n'est pas inscrite dans la loi, mais elle s'impose en pratique : puisqu'à ces contrats les dispositions impératives ne sont pas applicables, en vertu de l'art. 84, *a fortiori* les dispositions supplétives ne peuvent l'être non plus ; d'ailleurs la nécessité d'un délai pour mettre au point les nouvelles polices vaut aussi bien à l'égard des dispositions supplétives. Enfin, en vertu de l'art. 2 du code civil, elles ne seront jamais applicables aux contrats antérieurs au 13 juillet 1930.

[96] C'est sur ce dernier point que MM. Picard et Besson ne sont pas d'accord puisqu'ils étendent aux dispositions supplétives le système d'après lequel le contrat est censé renouvelé tous les dix ans et soumis alors à la loi de 1930 ; cette conséquence est contraire à l'art. 2 du code civil, et elle ne peut s'autoriser de l'art. 84 § 1^{er} de la loi de 1930. D'ailleurs elle

[95] (1) CAPITANT, *op. cit.* R. g. a. t. 1930. 812. — TRABOT, *op. cit.* D. 1931. 4. 45 col. 1. — LEPARGNEUR, *Traité de PLANIOL et RIPERT*, t. XI n° 1269. — Note signée M. P., R. g. a. t. 1934. 1010.

(2) *Op. cit.* t. 1^{er} n° 102-1°.

(3) Civ. 7 juin 1901, D. 1902. 1. 105.

ne s'accorde pas avec les motifs que MM. Picard et Besson assignent eux-mêmes à l'art. 84 § 1^{er} : « Le législateur, disent-ils (1), *dans le but de protéger les assurés le plus tôt possible*, a voulu, non pas rendre la loi rétroactive, mais en assurer dans une certaine mesure l'effet immédiat. » Mais alors il ne s'agit que des dispositions visant à protéger l'assuré, pratiquement des dispositions impératives ; la protection de l'assuré n'est pas en cause lorsqu'il s'agit d'accorder à l'assureur le bénéfice de la subrogation. Et plus loin : « le régime antérieur *fondé sur la liberté* risquait de demeurer longtemps en application » : c'est donc qu'il ne s'agit que du domaine où le législateur a retiré aux contractants leur liberté, celui des règles impératives.

Sur l'application dans le temps de la loi de 1930, nous concluons donc : elle est intégralement applicable à tous les contrats conclus ou renouvelés depuis le 13 janvier 1931 ; quant aux contrats antérieurs à cette date, elle ne leur est applicable que dans ses dispositions impératives, et suivant le système déterminé par l'art. 84 § 1^{er} *in fine*. Il faut appliquer ces principes à l'art. 36 (2) ; en particulier l'existence de la subrogation n'ayant qu'un caractère supplétif ne vaut que pour les contrats souscrits ou renouvelés depuis le 13 janvier 1931.

[97] Même dans le cas de contrats qui restaient certainement en dehors de la loi de 1930, les assureurs ont prétendu bénéficier de la subrogation de l'art. 36 : ils arguaient pour cela que le fait générateur de la subrogation étant le paiement, elle doit être régie non par la loi du jour du contrat, mais par la loi du jour du paiement. La question s'est posée fréquemment dans les années qui ont suivi 1930 ; elle n'a plus qu'un intérêt pratique restreint, car bien rares doivent être maintenant les assurances antérieures à 1930 qui n'ont pas été renouvelées depuis, mais elle garde tout son intérêt théorique, car nous verrons qu'une question analogue se pose à propos du conflit de lois dans l'espace (1).

La jurisprudence avait d'abord admis la prétention des assureurs (2). Mais l'argument invoqué était spécieux. Le paiement ne suffit pas à engendrer la subrogation ; comme nous croyons l'avoir montré, la subrogation de l'art. 36 s'appuie sur l'intention présumée des parties, et la meilleure preuve en est que l'assureur peut y renoncer. Le paiement n'est en réa-

[96] (1) *Op. cit.* tome 1^{er} n° 102-2°.

(2) Sur le point de savoir ce qui, dans l'art. 36, est impératif et ce qui est supplétif, cf. *infra* n° 151-160.

[97] (1) Cf. *infra* n° 98-101.

(2) Civ. 5 juillet 1937, D. H. 1937. 550 ; S. 1937. 1. 311 ; Gaz. Pal. 1937. 2. 354 ; R. g. a. t. 1937. 949. — Poitiers 15 novembre 1938 R. g. a. t. 1939. 74 note A. B. ; Rec. pér. ass. 1939. 6.

Dans le même sens, SUMIEN, *op. cit.* n° 151. — GAUTHIER, thèse p. 106-107.

lité qu'une condition qui rend effective la subrogation ; mais celle-ci est un effet du contrat, mieux encore elle en est un rouage, puisque son existence ou son inexistence entre en compte dans l'appréciation exacte du risque couvert par l'assureur, et par suite dans le montant des primes. Il est donc tout naturel de décider que la subrogation dépend de la loi en vigueur au jour du contrat ; l'obligation du *solvens* doit être maintenue telle qu'elle a été créée à l'origine. Décider autrement serait fausser complètement le jeu du contrat en déjouant les prévisions des parties. Si les parties ne voulaient pas de la subrogation, elles n'ont pas pu stipuler de renonciation puisque l'art. 36 n'existait pas encore ; bien au contraire, à cause de la pratique très générale de la clause subrogatoire, l'absence de cette clause doit faire présumer qu'elle a été écartée à dessein, et que la prime a été calculée en conséquence.

La Cour de cassation a fini par se rendre à ces raisons, et un arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 mars 1939 (3) reconnaît qu'un paiement d'indemnité postérieur à la loi de 1930 ne peut à lui seul donner à l'assureur le bénéfice de la subrogation si le contrat lui-même n'est pas soumis à la loi de 1930.

SECTION V

APPLICATION DE L'ARTICLE 36 DANS L'ESPACE

[98] Après avoir déterminé le domaine d'application de l'art. 36 dans le temps, il faut maintenant le déterminer dans l'espace. Comme la loi de 1930 dans son ensemble, il n'est pas applicable à l'Alsace-Lorraine où la loi allemande de 1908 sur le contrat d'assurance était restée en vigueur, consacrant dans son art. 67 le principe de la subrogation de l'assureur, mais avec des modalités différentes. D'autre part, à l'origine, la loi de 1930 n'était applicable qu'à la France métropolitaine ; mais elle a été par la suite étendue successivement à presque toutes les colonies (1).

Mais il ne suffit pas de délimiter le territoire sur lequel l'art. 36 est en vigueur ; il faut encore préciser dans quelles conditions la loi de ce territoire sera applicable, quel lien devra exister entre ce territoire et l'affaire à trancher. Il peut en effet se produire un conflit de lois, et c'est là que surgit la difficulté.

(3) Gaz. Pal. 1939. 1. 803 ; R. g. a. t. 1939. 484.

[98] (1) Voir sur ces points PICARD et BESSON t. 1^{er}, n° 101.

Prenons comme exemple l'affaire qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de Riom du 29 janvier 1932 (2) : un Hollandais avait assuré sa voiture automobile contre l'incendie par un contrat passé en Hollande avec une compagnie anglaise ; il vint en France et y déposa sa voiture dans un garage où elle se trouva détruite par un incendie ; il reçut en Hollande l'indemnité qui lui était due par son assureur. L'assureur était-il subrogé ? il invoquait pour cela l'art. 284 du code de commerce hollandais qui consacre la subrogation légale, tandis que le garagiste défendeur se réclamait de la législation française qui sous le régime antérieur à 1930 n'admettait pas la subrogation légale. Et l'on peut concevoir des hypothèses beaucoup plus compliquées encore, si le hasard voulait que tous les éléments d'une telle affaire se situassent dans des pays différents : nationalité de l'assureur, de l'assuré, du tiers responsable, lieu de la conclusion du contrat, de l'accident, du paiement. Auquel de ces éléments faut-il s'attacher pour déterminer la loi applicable ? (3) Trois systèmes différents ont été soutenus, tendant à appliquer la loi du lieu du paiement, celle de l'obligation du débiteur ou celle du contrat d'assurance.

§ 1^{er}. — APPLICATION DE LA LOI DU LIEU DU PAIEMENT.

[99] C'est le système qui semble adopté par la jurisprudence, bien que les décisions ne soient pas très claires (1). Il a pour lui un certain nombre d'auteurs, et notamment M. Perroud (2). L'argument essentiel est celui que nous avons vu utilisé déjà en matière de conflit de lois dans le temps : la loi rattache la subrogation au fait du paiement ; c'est le fait générateur de la subrogation, c'est-à-dire le paiement, qui doit déterminer la loi applicable. Et M. Perroud (3) précise l'argument. Il interprète très largement la définition des quasi-contrats donnée par l'art. 1371 c. civ. : il y aurait quasi-contrat toutes les fois que la loi attache à un fait un effet comparable à celui d'un contrat déterminé ; et c'est le cas en l'espèce, puisque l'art. 36 attache au paiement fait par l'assureur des effets analogues à ceux d'une cession de créance. Or en matière de quasi-

(2) S. 1934. 2. 49 note NIBOYET ; Gaz. Pal. 1932. 1. 707 ; R. g. a. t. 1932. 295 note PERROUD.

(3) Voir notamment sur cette question : NIBOYET, note S. 1934. 2. 50. — PERROUD, note R. g. a. t. 1935. 351. — PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II, n° 303. — BASHDOW, *Le droit international privé des assurances*, thèse Paris 1939, n° 136 à 141.

[99] (1) Riom 29 janvier 1932, précité. — Trib. civ. Seine 2 janvier 1935, D. H. 1935. 142 ; Gaz. Pal. 1935. 1. 505 ; R. g. a. t. 1935. 345 note PERROUD.

(2) Notes R. g. a. t. 1932. 299 et 1935. 351. — Dans le même sens : SUMIEN, *op. cit.* n° 151. — GAUTHIER, thèse p. 107-109. — GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.* n° 719.

(3) Note R. g. a. t. 1935. 351.

contrat, il faut appliquer la loi du lieu où s'est produit le fait générateur de l'obligation.

[100] Mais ce système ne peut résoudre le conflit de lois dans l'espace plus que le conflit de lois dans le temps. A première vue déjà il semble étrange de subordonner des effets aussi importants que ceux de la subrogation à une circonstance aussi accessoire et fortuite que le lieu du paiement ; et dans la pratique ce système peut aboutir à des conséquences absolument injustes et inadmissibles, dont M. Basedow suggère quelques exemples (1). C'est que l'argument sur lequel il se fonde est erroné. Il a le tort de considérer le paiement avec subrogation comme un acte juridique indépendant, constituant à lui seul un contrat soumis à la *lex loci contractus*. Le paiement n'est pas un acte indépendant : il n'est que l'exécution du contrat. La subrogation n'est pas seulement l'effet de la loi et du paiement, mais aussi de la volonté conforme des parties lors de la conclusion du contrat ; elle ne peut donc être détachée de ce contrat. Et ce n'est pas la loi du lieu du paiement qu'il faut appliquer.

§ 2. — APPLICATION DE LA LOI DE L'OBLIGATION DU DÉBITEUR.

[101] C'est le système de M. Niboyet (1), admis aussi par MM. Henri et Léon Mazeaud (2). On considère que c'est cette obligation qui est en cause, puisqu'il s'agit de substituer un créancier à un autre ; la subrogation doit être régie par la loi de l'obligation sur laquelle elle porte.

L'argument essentiel de M. Niboyet consiste à dire qu'on ne saurait imposer au débiteur responsable une subrogation non prévue par la loi qui régit sa responsabilité, parce que cette subrogation est de nature à lui nuire. Il peut être désavantageux pour lui d'avoir pour créancier une compagnie d'assurances, au lieu de son créancier normal, dans certains cas même de son co-contractant ; le nouveau créancier pourra être moins conciliant. D'autre part, le débiteur ne peut plus opposer ses créances en compensation. Enfin, le subrogé peut se prévaloir contre lui des art. 14 et 15 du code civil en matière de conflit de juridiction, dans des cas où le subrogeant ne le pourrait pas.

[102] M. Perroud (1) s'est attaché à réfuter point par point cette argumentation. A propos de l'impossibilité de la compensation, il fait remarquer que de deux choses l'une : ou bien

[100] (1) *Op. cit.* n° 138.

[101] (1) Note S. 1934. 2. 50.

(2) *Traité de la responsabilité*, t. III n° 2732.

[102] (1) Note R. g. a. t. 1935. 351.

la cause de la compensation existait déjà, la compensation a joué et la subrogation ne peut avoir lieu ; ou bien la cause de la compensation n'existait pas encore, mais alors le débiteur n'avait aucun droit acquis. A cela on peut ajouter que, si la compensation devient impossible avec les dettes éventuelles de l'ancien créancier, inversement elle devient possible avec les dettes du nouveau créancier, par exemple avec une indemnité d'assurance que la même compagnie se trouverait devoir au responsable à cause d'un autre sinistre ; ainsi ce que l'assuré perd d'un côté, il le retrouve de l'autre. Quant au droit du subrogé d'invoquer les art. 14 et 15, on pourrait en dire autant de tous les modes de transmission des créances.

Enfin, le principe dont part M. Niboyet, d'après lequel l'application d'une autre loi que celle de l'obligation du débiteur ne saurait nuire à ce dernier, n'est pas lui-même hors de doute. Comme le fait remarquer M. Perroud, il y a deux obligations en jeu : celle du responsable vis-à-vis de l'assuré, et celle de l'assureur vis-à-vis de l'assuré ; M. Niboyet « réserve toute sa sollicitude à la sauvegarde de la première », mais l'on n'en voit pas la raison.

§ 3. — APPLICATION DE LA LOI DU CONTRAT D'ASSURANCE.

[103] Nous sommes ainsi ramené à la solution que nous avons adoptée déjà en matière de conflit de lois dans le temps : le droit de l'assureur à la subrogation sera déterminé par la loi sous le régime de laquelle le contrat d'assurance a été passé : c'est la solution proposée par MM. Picard et Besson (1) et M. Basedow (2).

La subrogation est en effet un élément essentiel du contrat, elle fait corps avec lui. Elle est entrée dans les prévisions des parties pour fixer le montant des primes. Si l'on ne tient pas compte de ces prévisions, on détruit l'équilibre du contrat ; les prestations qui avaient été calculées comme équivalentes ne le sont plus. Ce troisième système est donc la solution exacte parce que la seule respectueuse de la volonté des parties.

A cela, M. Perroud a objecté qu'il n'y aurait pas lieu en cette matière de tenir compte de l'intention des parties, puisque la subrogation est créée par une loi impérative ; mais ce point de vue est inexact, et l'art. 36 n'est pas impératif lorsqu'il pose le principe de la subrogation, puisque l'assureur peut y renoncer. C'est donc de la loi du contrat que l'assureur tient son droit à la subrogation, et c'est la loi du contrat

[103] (1) *Loc. cit.*

(2) *Loc. cit.*

qui doit en déterminer l'étendue. Ainsi l'art. 36 ne pourra s'appliquer à un contrat d'assurance soumis à une loi étrangère, même si le sinistre et le paiement ont eu lieu en France ; mais il devrait inversement être appliqué à l'étranger dès lors que le contrat est soumis à la loi française.

Toutefois, conformément aux principes admis en droit international privé, ces solutions ne s'appliquent qu'à l'existence de la subrogation et à ses conditions de fond (3). Pour les conditions de forme, de publicité en particulier, il faut se référer à la loi du domicile du débiteur. La loi française n'exige aucune formalité. Si le contrat est régi par une loi étrangère accordant la subrogation, mais avec des formalités, le tiers responsable français ne peut se prévaloir de l'absence de ces formalités ; mais inversement les formalités prévues par une loi étrangère devraient être exigées à l'égard d'un responsable étranger, même à propos d'un contrat soumis à la loi française.

(3) NIBOYET, note S. 1934. 2. 50.

CHAPITRE III

FONCTIONNEMENT DE LA SUBROGATION DE L'ARTICLE 36

SECTION 1. — Conditions de la subrogation.

SECTION 2. — Mise en œuvre du recours de l'assureur.

SECTION 3. — Etendue des droits de l'assureur.

SECTION 4. — Prescription du recours de l'assureur.

SECTION 5. — Subrogation rendue impossible. — Déchargé de l'assureur.

SECTION 6. — Particularités de l'application de l'art. 36 aux assurances de responsabilité.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS DE LA SUBROGATION

[104] La subrogation édictée par l'art. 36 au profit de l'assureur de dommages est soumise à une condition de fond importante : le paiement préalable de l'indemnité d'assurance ; mais elle n'est soumise à aucune condition de forme et s'opère de plein droit.

§ 1^{er}. — LE PAIEMENT PRÉALABLE.

C'est une question qui ne soulève pas de grave difficulté. L'assureur ne peut exercer son recours que lorsqu'il a exécuté son obligation, lorsqu'il a payé l'indemnité qu'il doit à raison du sinistre. Le paiement est le point de départ de la subrogation. Il en est aussi la mesure : l'assureur n'est subrogé que pour le montant de l'indemnité qu'il a versée à son assuré. Si l'assurance était insuffisante pour couvrir le dommage, l'assuré garde lui-même son recours pour la partie du dommage qui n'est pas couverte par l'assurance.

Ces solutions sont admises par l'unanimité des commentateurs. Elles résultent clairement des termes du texte : « L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance... » ; et l'exposé des motifs précise : le texte nouveau « suppose que l'assureur a déjà indemnisé l'assuré ». Il ne peut en pratique en être autrement : on ne saurait admettre que l'assureur trouve dans la subrogation une source d'enrichissement en se faisant rembourser plus qu'il ne paie ; autrement, l'assureur spéculerait en quelque sorte sur l'insuffisance de l'assurance, ce qui serait contraire à la loyauté du contrat. L'assureur ne doit trouver ses bénéfices que dans l'exactitude de ses statistiques. Cette solution s'impose si bien qu'elle est admise aussi par la généralité des législations étrangères (1).

[105] Par là, la subrogation se distingue nettement de la cession de créance : celle-ci permet d'agir dès la réalisation du sinistre et avant tout paiement, et elle transmet au cessionnaire l'intégralité des droits du cédant. En principe il aurait dû en être ainsi avant 1930 sous le régime de la clause subrogatoire interprétée comme cession d'action ; et pourtant on avait hésité devant ces conséquences logiques de l'idée de cession. La possibilité d'agir dès le paiement était couramment utilisée par les assureurs pour prendre des mesures conservatoires, notamment pour faire saisie-arrêt ; mais on avait tendance à admettre que l'assureur ne pouvait agir en paiement qu'après avoir indemnisé l'assuré. Et le recours au-delà de l'indemnité versée était en général rejeté comme manifestement inique. Dès 1886 Lyon-Caen exigeait le paiement préalable (1) ; il invoquait pour cela l'intention présumée des parties : l'assuré n'a pas entendu abandonner son recours avant d'être indemnisé ni au-delà de son indemnité. Une cession de créance peut être affectée d'une condition : elle était affectée de la condition du paiement préalable, qui d'ailleurs était parfois exprimée. Tout cela montre bien que la solution actuelle s'impose comme une nécessité.

[106] La subrogation est donc limitée à l'indemnité versée par l'assureur ; plus exactement, elle ne s'applique pas à toute somme quelconque que l'assureur pourrait avoir versée à l'assuré à l'occasion du sinistre, mais seulement à la somme dont il était tenu en vertu de la garantie résultant de son contrat. Certaines juridictions inférieures, dans le but de favoriser au maximum les assurés, ont parfois condamné l'assureur à garantir l'assuré au-delà des limites prévues au contrat, sous le

[104] (1) Voir notamment pour la Belgique, LALOUX, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, n° 342 ; pour l'Italie, note signée F. M., R. g. a. t. 1932. 386.

[105] (1) Note S. 1886. 1. 273.

prétexte que, grâce à la subrogation, l'assureur pourrait ensuite se retourner contre le responsable, et en obtenir remboursement intégral ; mais cette solution, contraire aux principes juridiques les plus élémentaires, a été condamnée par un arrêt de la Chambre Civile du 27 octobre 1936 (1). La subrogation fonctionne dans les limites de la garantie prévue au contrat, et ne peut les modifier.

[107] Enfin il se pose une question de preuve. A l'assureur exerçant le recours contre le responsable, il incombera de prouver qu'il a effectivement payé une somme équivalente à celle qu'il réclame. Le plus souvent cette preuve résultera d'une quittance émanant de l'assuré (1). Mais, comme le remarquent MM. Picard et Besson (2), elle pourra résulter aussi de l'acquiescement d'un chèque, ou encore d'un virement ; la preuve par témoins devra aussi être acceptée dans les termes du droit commun, et par conséquent sans limite en matière commerciale. Lorsque l'assureur a réparé en nature, il présentera les quittances des entrepreneurs et fournisseurs auxquels il s'est adressé. Les mêmes auteurs exigent en plus, avec raison semble-t-il, la preuve que le dommage a été réparé conformément au contrat ; mais ils prévoient cette preuve par une pièce émanant de l'assuré, exigence trop restrictive, et qui mettrait l'assureur à la merci de la mauvaise volonté de l'assuré ; puisqu'il s'agit de la preuve d'un fait matériel, il faut l'admettre par tout moyen.

§ 2. — ABSENCE DE FORMALITÉS.

[108] Ainsi, la subrogation de l'art. 36 est soumise à une condition de fond essentielle : le paiement préalable. Mais elle n'est soumise à aucune condition de forme, ni dans les rapports entre assureur et assuré, ni à l'égard des tiers.

A) *Rapports entre assureur et assuré.* — La subrogation étant légale, il n'est pas besoin d'une déclaration expresse de subrogation ni dans la police ni dans la quittance. Elle s'acquiert de plein droit : l'assuré n'a pas à l'accorder, l'assureur n'a pas à l'accepter. Sans doute l'assureur peut y renoncer, mais les renonciations ne se présument pas, et dans le silence de la convention, il faut admettre la subrogation (1).

La subrogation est nécessairement concomitante au paiement ; en effet, dès le moment du paiement, toutes les conditions en sont réunies. Il serait sans importance que la quittance

[106] (1) D. H. 1937. 35 ; R. g. a. t. 1937. 108 note M. P.

[107] (1) Trib. paix Ivry 7 mai 1937, Gaz. Pal. 1937. 2. 468 ; R. g. a. t. 1937. 951.

(2) *Traité général*, t. II, n° 305.

[108] (1) Cf. à propos de la loi belge, Raymond VIENNE, article précité, Bull. des Ass. 1936. 566.

constatant le paiement et par suite la subrogation, ait été rédigée postérieurement au fait matériel du paiement ; ce n'est là qu'une question de preuve qui ne saurait avoir d'effet sur l'existence même du droit (2).

Il en résulte que, dès le moment du paiement, l'assuré est dessaisi définitivement de ses droits au profit de l'assureur. Il peut arriver que l'assuré ait déjà obtenu une condamnation définitive contre le tiers responsable ; l'assureur pourra alors, comme l'a admis un jugement du tribunal de Meaux du 20 juin 1938 (3), intervenir par la voie de la tierce opposition en vue de se faire attribuer le bénéfice de la condamnation. Enfin, au cas où, après le paiement, l'assuré intenterait l'action en dehors de l'assureur, ce dernier ne pourrait se voir opposer le jugement (4).

[109] B) *A l'égard des tiers.* — La subrogation s'opère aussi de plein droit à l'égard du tiers responsable. Aucune formalité n'est exigée pour la porter à la connaissance de ce tiers. Il n'est pas nécessaire non plus en principe que la quittance ait date certaine ni qu'elle soit enregistrée.

C'est une différence importante avec le régime ancien de la clause subrogatoire. Cette clause était généralement considérée comme consacrant en réalité une cession de créance. Entre assureur et assuré, on admettait que la convention était parfaite dès l'entrée en vigueur du contrat. Mais pour que la clause fût opposable aux tiers, il fallait l'accomplissement des formalités exigées par l'art. 1690 c. civ. en matière de cession de créance. Cette conséquence de l'idée de cession était assez gênante pour les assureurs, et l'on essaya parfois de l'écarter. On invoqua pour cela une notion particulière du mot « tiers » dans l'art. 1690, ou encore le danger d'une manœuvre frauduleuse de l'assuré avec le tiers ou avec un autre cessionnaire, dans le but de nuire à l'assureur (1). Mais l'ensemble des auteurs et des tribunaux s'inclinait devant les termes formels de l'art. 1690 (2).

[110] La pratique s'employa à atténuer les inconvénients du formalisme trop rigoureux de l'art. 1690, en interprétant le texte très largement et en admettant plusieurs palliatifs :

1°) La signification de la cession était nécessaire pour l'exercice du recours, mais l'assureur pouvait, dès avant la signification, prendre des mesures conservatoires pour garan-

(2) PERROUD, note R. g. a. t. 1935, 351.

(3) R. g. a. t. 1939. 671 ; Rec. pér. ass. 1938. 247.

(4) Note signée P. L.-P., D. 1944. J. 40 col. 2.

[109] (1) Voir sur ces questions Suzanne GRILLON, thèse p. 103, qui prend parti contre cette idée.

(2) Trib. corr. Melun 17 janvier 1939, Gaz. Pal. 1939. 2. 171 (en sous-note) ; R. g. a. t. 1939. 669.

tir ses droits, et par exemple faire une saisie-arrêt entre les mains des créanciers du responsable.

2°) Une jurisprudence constante sur l'art. 1690 c. civ. admettait que la signification peut résulter de l'exploit d'assignation contenant mention du transport de créance (1).

3°) La sommation faite par l'assureur au responsable d'assister à l'expertise était aussi considérée comme équivalente à une signification.

4°) D'une façon plus générale, il suffisait qu'il résultât des faits de la cause, que le responsable et son assureur avaient eu connaissance de la cession d'une façon quelconque. Cela suffit en effet pour le constituer de mauvaise foi, et l'on considère que le tiers ne peut se prévaloir du défaut de signification, lorsqu'il y a eu de sa part fraude, mauvaise foi ou imprudence. On maintenait donc le principe que la cession doit être portée à la connaissance du tiers débiteur, mais sans exiger aucune forme sacramentelle.

5°) Enfin pour le cas de l'assurance-incendie, Demogue avait proposé (2) de faire d'avance la signification aux locataires et voisins dès la signature du contrat, invoquant certaines décisions qui en d'autres matières avaient admis la validité de significations faites d'avance à des débiteurs incertains.

Ce régime élaboré par la pratique était dans l'ensemble très heureux : il unissait en effet la plus grande souplesse et la protection des légitimes intérêts du tiers responsable.

[111] Pourtant, sur ce point, la loi de 1930 rompt avec la pratique antérieure en supprimant sans réserve la nécessité de la signification. C'est aussi la solution adoptée en général à l'étranger (1). Mais on peut se demander s'il n'y a pas lieu de la regretter, quand on constate, avec MM. Picard et Besson (2), que les formalités qui ne sont pas exigées par la loi s'imposeront pratiquement à l'assureur s'il ne veut pas risquer de perdre son droit. De toute évidence en effet, il faut que le tiers responsable ait connaissance de la subrogation ; s'il l'ignore et qu'il paie la victime du sinistre, ce paiement fait de bonne foi sera valable. L'assureur aura donc intérêt à avertir le responsable d'une façon ou d'une autre, afin de le constituer de mauvaise foi. De même, l'enregistrement de la quittance n'est pas obligatoire ; mais il pourra être utile dans le cas où l'assureur se verrait opposer une cession de droits ou une autre subrogation consenties par l'assuré dans

[110] (1) Civ. 4 mars 1931, D. 1933. 1. 73 note RADOUANT.

(2) Rev. trim. 1906. 305.

[111] (1) Voir par exemple pour l'Italie, cour d'appel de Turin, 13 avril 1931, R. g. a. t. 1932. 384 et la note signée F. M.

(2) *Traité général*, t. II n° 307 *in fine*.

un acte ayant date certaine (3). Ainsi, sans adopter ici les exigences étroites de l'art. 1690, un minimum de formalisme pourrait être utile, même dans l'intérêt de l'assureur.

SECTION II

MISE EN ŒUVRE DU RECOURS DE L'ASSUREUR

[112] Comme nous l'avons montré précédemment (1), le recours de l'assureur en vertu de l'art. 36 pourra s'exercer non seulement contre l'auteur du sinistre, mais aussi contre toute personne présumée responsable du fait des personnes ou des choses dont elle a la garde. Il pourra donc mettre en jeu des responsabilités fort variées. Ainsi, en matière d'assurance-incendie, l'assureur pourra recourir contre l'auteur de l'incendie par imprudence, l'incendiaire, et les personnes qui en sont civilement responsables. L'assureur d'un immeuble peut en outre avoir un recours contre les locataires, responsables en vertu des articles 1733 et 1734, ou contre les voisins responsables dans la mesure admise par la loi du 7 novembre 1922 insérée à l'art. 1384. Inversement, l'assureur du mobilier d'un locataire pourra se retourner contre le propriétaire responsable en vertu des art. 1386 et 1721 s'il est prouvé que l'incendie est dû à un vice de construction ou à un défaut d'entretien (2).

A cette liste de personnes exposées au recours de l'assureur de dommages, il faut joindre leurs assureurs de responsabilité, et ce sera pratiquement le cas le plus fréquent. Le recours aboutira alors à un règlement par compensation entre les assureurs des différents risques. Il pourra même arriver que le sinistre et la responsabilité soient assurés par la même compagnie : dans ce cas le recours de l'assureur contre le responsable se confondra avec l'obligation qu'il a assumée de garantir cette responsabilité.

[113] Pour préciser les conditions dans lesquelles s'exercera le recours de l'assureur, il faut d'abord rappeler que l'assureur n'a aucun droit propre contre l'auteur du sinistre, puisqu'il n'y a pas pour l'assureur de véritable préjudice. L'action exercée par l'assureur est l'action même de l'assuré ; elle a par suite nécessairement la même nature délictuelle ou contractuelle. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 9 mars

(3) Cf. *infra* n° 126.

[112] (1) N° 76-79.

(2) Amiens 22 novembre 1935, R. g. a. t. 1936. 318.

1936 (1) a pourtant méconnu ce principe : d'après cet arrêt, lorsque la responsabilité du tiers à l'égard de l'assuré est de nature contractuelle, l'assureur pourrait à son choix invoquer la responsabilité contractuelle ou la responsabilité délictuelle ; il considère pour cela que si l'assuré ne peut agir à titre délictuel, c'est en vertu de son contrat, et que l'assureur étant un tiers étranger à ce contrat, ne peut se le voir opposer. Mais l'argument est mauvais, car l'assureur tient ses droits de son assuré et ne peut avoir plus de droits que lui ; il est un ayant cause de son assuré, et à ce titre le contrat passé entre l'assuré et le responsable lui devient opposable. D'autre part, cette opinion tend à faire revivre l'idée d'un droit propre de l'assureur, idée qui est maintenant unanimement rejetée (2), faute d'un véritable préjudice pour l'assureur. Nous garderons donc intégralement le principe que le recours exercé par l'assureur est celui de l'assuré.

Il en résulte tout d'abord que si l'assuré a déjà commencé les poursuites, l'assureur pourra intervenir à l'action sans entreprendre une nouvelle procédure (3). D'autre part, le recours de l'assureur sera soumis aux mêmes règles de compétence que s'il était exercé par l'assuré lui-même, l'assureur pourra invoquer les mêmes prérogatives, et il pourra se voir opposer les mêmes exceptions.

§ 1^{er} COMPÉTENCE.

[114] Pour déterminer la compétence, il y aura lieu d'appliquer les règles du droit commun (1).

A) *Compétence ratione materiæ*. — L'action est en principe de la compétence du tribunal civil ; mais ce principe suppose deux séries d'exceptions :

1°) L'affaire peut se trouver en vertu des règles ordinaires, du ressort d'une juridiction d'exception : elle sera portée devant le juge de paix si elle n'excède pas le chiffre limite de sa compétence. Elle sera portée devant le tribunal de commerce si elle présente un caractère commercial suffisant, c'est-à-dire si le débiteur qu'il s'agit de poursuivre est un commerçant qui a contracté cette dette à l'occasion de son commerce. Toutefois, sur ce dernier point, il faut observer qu'en vertu d'une jurisprudence constante, mais contestée, il est vrai, par certains auteurs (2), si le créancier n'a pas lui-même fait

[113] (1) D. H. 1936. 233 ; Gaz. Pal. 1936. 1. 814 ; R. g. a. t. 1936. 787. Dans le même sens, SAVATIER, *Traité de la responsabilité*, t. 1^{er} n° 139.

(2) Cf. n° 8-9.

(3) GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.* n° 713.

[114] (1) Voir sur ce point PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II n° 311. — Suzanne GRILLON, thèse p. 138-140.

(2) LYON-CAEN et RENAUT, *Traité de Droit commercial*, t. 1^{er} n° 361.

acte de commerce, la compétence de la juridiction commerciale reste facultative, et l'assureur pourra préférer la juridiction civile.

2°) Si le fait qui donne lieu à la responsabilité du défendeur constitue en même temps une infraction pénale, l'assureur peut, comme la victime elle-même, joindre son action à l'action publique, en se constituant partie civile devant les juridictions répressives. Cette solution ne semble pas avoir soulevé de difficulté (3). Elle est admise aussi par la jurisprudence belge qui la limite strictement aux assurances de dommages (4), et la rejette en matière d'assurances-accidents, faute de subrogation (5).

[115] B) *Compétence ratione loci*. — Il n'y a pas lieu d'appliquer ici l'article 3 de la loi du 13 juillet 1930 qui choisit le tribunal du domicile de l'assuré pour « toutes les instances relatives à la fixation et au règlement des indemnités dues. » Cette expression ne s'applique pas au recours de l'assureur qui est en réalité celui de l'assuré contre le responsable ; la compétence est déterminée par le droit commun. Elle appartient en principe au tribunal du domicile du défendeur. Toutefois, en cas de responsabilité délictuelle, le demandeur a la faculté de porter son action devant le tribunal du lieu du dommage. Si au contraire il s'agit d'une responsabilité contractuelle, l'assureur prenant la place de son assuré doit respecter les clauses attributives de juridiction qui ont pu être insérées dans le contrat.

§ 2. — EXERCICE DES PRÉROGATIVES.

[116] Par l'effet de la subrogation, les droits de l'assuré passent à l'assureur avec tous leurs accessoires ; l'assureur bénéficie des présomptions, des privilèges, et d'une façon générale de tous les avantages dont aurait bénéficié l'assuré dont il prend la place. C'est là pour l'assureur un avantage considérable de la subrogation sur le système du recours personnel, avantage qui lui est commun avec la cession de créance, et qui était admis autrefois sous le régime de la clause subrogatoire.

L'assureur peut, pour faire sa preuve, invoquer les mêmes présomptions que l'assuré, car la subrogation s'applique aussi bien aux responsabilités présumées (1). Pratiquement, ce

(3) Elle est formulée par H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. III n° 2733. — SUMIEN, *op. cit.* n° 151. — PICARD et BESSON, *Traité général*, t. II n° 311.

(4) Cass. belge 24 janvier 1939, *Rev. gén. ass. et resp.* 1939. 3046. — LALOUX, *Traité des ass. terrestres en droit belge* n° 343.

(5) Bruxelles 4 juillet 1934, *Rev. gén. ass. et resp.* 1934. 1634. — Trib. corr. Mons 1^{er} juillet 1935. *ibid.* 1935. 1958. — Trib. corr. Anvers 7 décembre 1936. *ibid.* 1937. 2497. — V. toutefois en sens contr. Gand 10 janvier 1938, *ibid.* 1940. 3301.

[116] (1) Cf. *supra* n° 76-79.

seront les présomptions des articles 1384 et suivants, et en matière d'assurance-incendie, celle qui est établie par les articles 1733 et 1734 au profit du bailleur. Le bailleur peut, par une clause du bail, renoncer à se prévaloir de l'art. 1733 ; une telle clause serait opposable à l'assureur, de même que, d'une façon générale, toute clause modifiant la responsabilité. Mais on ne peut considérer comme contenant explicitement une telle renonciation, une clause imposant au locataire la charge des primes (2).

[117] Lorsque le responsable a assuré sa responsabilité, la victime a une action directe contre l'assureur de responsabilité, en vue de se faire verser directement cette indemnité ; en effet, l'art. 37 § 4 pour l'assurance du risque locatif et du recours du voisin, l'art. 53 pour l'assurance de responsabilité en général, décident que « l'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé ». Si la victime a été indemnisée par son assureur de dommages, celui-ci dispose de la même action directe ; et cette action existe même au profit de l'assureur de responsabilité contre l'assureur du co-responsable. L'assureur y trouve un avantage important, car il peut ainsi éviter le concours des autres créanciers. Il y a là pratiquement un véritable privilège.

Mais il faut aller plus loin. En matière d'assurance-incendie, la jurisprudence reconnaît à l'assureur du propriétaire un droit propre sur toutes les indemnités d'assurance dues au locataire, non seulement sur l'indemnité de risque locatif, mais même sur celle de dommages mobiliers (1). Cette solution trouve sa justification dans les textes. En effet, l'art. 2102-1° accorde au bailleur un privilège sur les meubles du locataire « pour tout ce qui concerne l'exécution du bail », donc en particulier pour la responsabilité qui résulte de l'art. 1733. En l'espèce, les meubles du locataire seront généralement détruits. Mais d'autre part l'art. 37 § 1^{er} de la loi de 1930 reporte sur les indemnités d'assurances de dommages les privilèges et hypothèques qui grevaient les biens sinistrés. En cas d'insuffisance de l'assurance du risque locatif, le propriétaire a donc un privilège sur l'indemnité d'assurance qui remplace les meubles de son locataire, et transmet ce privilège à son propre assureur. C'est l'hypothèse la plus fréquente. Il faut décider de même chaque fois que la dette du responsable est assortie d'une sûreté, que cette sûreté soit personnelle ou réelle, qu'elle soit d'origine légale ou contractuelle.

(2) Paris 13 mai 1946, D. 1946. J. 400 et la note LALOU.

[117] (1) Lyon 12 juin 1935, S. 1936. 2. 18 ; R. g. a. t. 1936. 311. — Nancy 16 février 1939, D. H. 1939. 300 ; R. g. a. t. 1939. 488.

§ 3. — OPPOSABILITÉ DES EXCEPTIONS.

[118] L'assureur exerce l'action même de l'assuré ; il dispose de tous ses droits et prérogatives, mais il ne peut avoir plus de droits que lui. Il n'a aucun recours dans les cas où l'assuré lui-même n'en aurait pas, par exemple contre un préposé de l'assuré qui a exécuté les instructions reçues de son commettant ; certaines décisions l'avaient précisé sous le régime antérieur à 1930 (1), et la solution reste vraie.

De même, l'assureur subit les conséquences des clauses de non-responsabilité qui ont pu être consenties par l'assuré avant le sinistre. Le Conseil d'Etat en a fait une application dans un arrêt du 16 juin 1944 (2) : pour obtenir l'autorisation administrative qui lui était nécessaire, l'organisateur d'une course avait déclaré décharger l'administration de toute responsabilité et l'assumer lui-même. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat a rejeté un recours dirigé contre la ville par l'assureur de la course : en vertu de sa renonciation, l'assuré n'avait lui-même aucun recours. L'arrêt et la note qui l'accompagne rappellent dans quelle mesure de telles clauses sont valables, et réservent la « faute assimilable au dol », car on ne peut par convention s'affranchir de la responsabilité de ses fautes volontaires ; mais la clause peut s'appliquer même à des fautes lourdes, dès lors qu'elles sont involontaires. Dans ces hypothèses, aucun droit à dommages-intérêts n'a seulement pris naissance en la personne de l'assuré.

[119] Examinons maintenant le cas où le droit de l'assuré a existé, mais se heurte à une exception au profit du tiers responsable. En principe, celui-ci peut opposer à l'assureur les mêmes moyens de défense qu'il pourrait opposer à la victime elle-même ; ce principe a été mis en doute par un arrêt de la cour d'appel d'Alger du 13 novembre 1947 (1) qui refuse d'appliquer la compensation sous le prétexte que les deux dettes n'existent pas entre les mêmes personnes ; mais il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette objection puisque l'assureur exerce les droits de l'assuré, et non pas des droits propres. Toutefois la règle demande à être précisée, car elle soulève en pratique des difficultés (2). La question peut se poser dans deux séries de cas :

a) d'une part lorsque la dette du responsable se trouve

[118] (1) Paris 14 mars 1930, D. 1930. 2. 116 note BESSON ; R. g. a. t. 1930. 577 note M. P. ; confirmé par Req. 18 avril 1932, D. H. 1932. 282 ; R. g. a. t. 1932. 525 note M. P.

(2) R. g. a. t. 1944. 242 note A. B.

[119] (1) R. g. a. t. 1948. 126 note A. B.

(2) Sur cette question, voir notamment PICARD et BESSON, *Traité général* t. II n° 311. — Notes signées A. B., R. g. a. t. 1939. 493 et 1948. 128.

éteinte par l'un des modes normaux d'extinction des obligations. Il est possible en effet que le responsable ait déjà indemnisé la victime, ou bien que la dette se soit compensée avec une dette antérieure de la victime envers le responsable. La victime peut aussi avoir transigé avec le responsable, ou même avoir renoncé complètement à ses droits à réparation ;

b) d'autre part, lorsque la dette est paralysée et compromise par des saisies-arrêts faites par des créanciers de la victime. Les problèmes qui se posent et les principes à suivre sont d'ailleurs les mêmes dans tous les cas.

Toutes ces exceptions devraient donc, semble-t-il, être opposables à l'assureur. Mais ici intervient un autre principe important : la subrogation, comme nous l'avons vu (3), est concomitante au paiement de l'indemnité d'assurance ; dès ce paiement effectué, les droits à réparation n'appartiennent plus à l'assuré, mais à l'assureur, et aucun acte relatif à l'assuré ne peut plus affecter leur existence. Il faut donc poser en principe que les exceptions dont la cause est antérieure au paiement fait par l'assureur lui sont opposables, mais que celles dont la cause est postérieure au paiement ne lui sont pas opposables. Etudions successivement ces deux points.

[120] Tout d'abord, disons-nous, les exceptions dont la cause est antérieure au paiement sont opposables à l'assureur. Cette solution semble évidente, puisqu'avant le paiement les droits à réparation appartenaient à l'assuré. Pourtant, elle a été mise en doute par certaines décisions. Un jugement du tribunal civil de Meaux du 20 juin 1938 (1) rendu à propos d'une saisie-arrêt, considère que l'assureur ne tient pas son droit de l'assuré, mais directement de la loi, et que « par fiction de la loi, l'assureur est créancier du tiers dès l'origine, et l'assuré ne l'a jamais été ». Cette décision semble donc conférer à la subrogation de l'art. 36 une véritable rétroactivité qui en ferait remonter les effets à la date du sinistre et validerait les exceptions nées dans l'intervalle. Mais rien dans le texte n'autorise cette interprétation, qui paraît même contraire aux termes de l'art. 36 : « l'assureur qui a payé... », et au principe que le paiement préalable est une condition essentielle de la subrogation ; il n'en est pas seulement une condition d'exercice, mais une condition d'existence.

[121] Un arrêt de la cour de Nancy du 16 février 1939 (1) a soulevé une autre question. D'après cet arrêt, une transaction ou une renonciation de l'assuré à ses droits, même anté-

(3) *Supra* n° 108 et suivants.

[120] (1) R. g. a. t. 1939. 671 ; Rec. pér. ass. 1938. 247.

[121] (1) D. H. 1939. 300. — R. g. a. t. 1939. 488.

rieures au paiement de l'indemnité, ne sauraient être opposées à l'assureur s'il n'en a pas eu connaissance. L'arrêt semble voir là une fraude à l'égard de l'assureur et vouloir la sanctionner. Il invoque l'idée que les intérêts de l'assureur sont étroitement liés à ceux de l'assuré ; mais l'argument n'a pas de valeur. Tant que l'assureur n'a pas indemnisé la victime, la subrogation n'est pas réalisée ; il n'y a aucun lien de droit entre l'assureur et le responsable. On ne voit pas en vertu de quel principe le tiers responsable, même en toute connaissance de cause, n'aurait pas le droit de traiter directement avec sa victime. Supposons qu'il veuille se libérer sans attendre davantage ; c'est parfaitement son droit. Or il ne peut payer l'assureur qui n'a pas encore indemnisé, car si l'assureur tombait en faillite, l'assuré se retournerait contre lui ; il ne peut donc payer valablement qu'à son débiteur naturel, c'est-à-dire la victime. Il n'y a pas davantage de raison de lui reprocher d'avoir transigé ou accepté une renonciation.

La cour de Nancy ajoutait à l'appui de sa thèse qu'autrement l'assureur serait exposé sans moyen de défense aux transactions frauduleuses de son assuré. C'est inexact ; le danger existe, mais le remède est ailleurs. Comme nous venons de le voir, une telle transaction n'est pas frauduleuse de la part du tiers responsable, mais seulement de la part de l'assuré. La sanction doit donc rester dans les rapports entre assureur et assuré : l'assuré est déchu de son droit à indemnité en vertu du § 2 de l'art. 36, parce que par ses manœuvres il a rendu la subrogation inefficace (2). Mais le recours de l'assureur reste irrecevable contre le responsable qui a payé, transigé ou bénéficié d'une renonciation avant le paiement de l'assureur, et cela, même s'il connaissait le contrat d'assurance.

[122] Si au contraire l'exception soulevée par le responsable défendeur a sa cause postérieurement au paiement, elle est en principe sans valeur ; dès le moment du paiement, l'assuré perd ses droits au profit de l'assureur. Le paiement ou la transaction qu'il peut faire sont sans objet et sans effet ; si la victime n'a reçu de son assureur qu'une indemnité partielle et renonce ensuite à ses droits pour le tout, cette renonciation est valable pour la partie du dommage non couverte par l'assurance, mais elle est nulle pour le reste. Il en est de même de la saisie-arrêt faite entre les mains du responsable par les créanciers de la victime déjà indemnisée par l'assureur ; elle n'est pas valable, car les créanciers de l'assuré ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur (1) ; et si l'on validait cette saisie-arrêt, l'assuré et ses créanciers encaisse-

(2) Voir *infra* n° 141 sqq.

[122] (1) Trib. civ. Montargis 18 mars 1936, *Gaz. Trib.* 1936. 2. 184.

raient deux fois la même somme pour le même objet. Mais naturellement si l'assuré n'a été indemnisé que partiellement, ses créanciers conservent le droit de saisir-arrêter la créance de dommages-intérêts qui lui reste pour le dommage non couvert par l'assurance (2).

[123] Toutefois le principe que les exceptions postérieures au paiement sont inopposables à l'assureur appelle une réserve indispensable pour sauvegarder les droits du tiers responsable. En effet, la subrogation de l'art. 36 n'étant soumise à aucune formalité, le tiers responsable peut fort bien l'ignorer. Supposons que dans l'ignorance de la subrogation il paie sa dette à la victime : on ne peut admettre que l'assureur puisse ensuite exiger de lui un nouveau paiement. Il faut alors considérer le paiement ou la transaction faits de bonne foi comme valables (1). En effet, l'art. 1240 du code civil dispose : « Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé. » ; et ce texte sur le paiement n'est qu'un cas d'application d'une théorie générale qui valide les actes passés de bonne foi avec le titulaire apparent d'un droit. C'est pourquoi, bien qu'il n'en ait aucune obligation, l'assureur a pratiquement intérêt à avertir le responsable de la subrogation, afin de le constituer de mauvaise foi.

[124] Le problème de l'opposabilité des exceptions se ramène donc essentiellement à une question de date. Il y a deux actes en présence : l'assureur invoque une quittance d'indemnité ; le responsable invoque une quittance de dommages-intérêts, ou un acte de renonciation ou de transaction, ou encore une saisie-arrêt de ses créanciers. L'avantage est à celui dont l'acte est antérieur à l'autre. Dès lors, il faut se demander comment se fera la preuve des dates, et s'il y a lieu d'appliquer ici l'article 1328 c. civ. sur la date certaine. L'assureur demandeur au procès, qui présente une quittance d'indemnité délivrée par l'assuré, n'est certainement pas tenu d'en établir la date certaine : en effet, la subrogation n'est soumise à aucune formalité et la quittance n'a pas besoin d'être enregistrée ; d'ailleurs l'assureur n'invoque pas la date mais seulement le fait du paiement.

[125] Si le tiers responsable résiste en produisant une quittance ou un acte de renonciation, ceux-ci ne peuvent être valables qu'en vertu de leur date. Par application de l'adage *Reus*

(2) Même jugement.

[123] (1) PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II n° 311. — Note signée A. B., R. g. a. t., 1939. 493.

in excipiendo fit actor, c'est au tiers responsable d'établir cette date. Est-il tenu de le faire dans les termes de l'art. 1328 ?

Remarquons d'abord que la question ne se pose pas dans le cas de la saisie-arrêt, dont la date sera toujours certaine. Dans le cas d'une renonciation, l'arrêt précité de la cour de Nancy du 16 février 1939 (1) a exigé la date certaine. Cette solution, qui peut paraître rigoureuse à première vue, se justifie parfaitement et doit être étendue au cas du paiement ; autrement l'assureur se trouverait exposé à une fraude facile : l'assuré indemnisé consentirait volontiers au responsable une quittance de complaisance ou une renonciation qu'il antidaterait avant le paiement de l'indemnité. Sans doute, l'art. 1328 parle des « tiers », et l'assureur exerce les droits mêmes de l'assuré ; mais on s'accorde à admettre que les tiers visés à l'art. 1328 ne peuvent être les mêmes que ceux de l'art. 1165, car alors l'art. 1328 ne servirait à rien : sous le nom de tiers, il vise en réalité les ayants cause particuliers des contractants (2) ; et c'est le cas de l'assureur.

[126] Mais l'exigence de la date certaine ne doit pas rester unilatérale. Supposons en effet que le défendeur établisse la date certaine de l'exception qu'il invoque. Si l'assureur prétend invalider cette exception, il invoquera à son tour la date de sa propre quittance, et il ne pourra le faire que conformément à l'art. 1328. Cette solution a été rejetée à propos d'une saisie-arrêt par le jugement du tribunal de Meaux du 20 juin 1938 (1) : l'art. 1328 serait inapplicable ici parce que les créanciers ne sont pas des tiers, mais les ayants cause de l'assuré. Mais l'argument est mauvais : il ne tient pas compte de l'interprétation généralement admise de l'art. 1328, que nous venons de rappeler. On pourrait, il est vrai, invoquer la pratique, approuvée par l'ensemble des auteurs, qui se contente de quittances non enregistrées et accorde à leur date une force probante analogue à celle de la date des actes authentiques. Pourtant, dans une hypothèse comme la nôtre, qui oppose un acte ayant date certaine à un acte ne l'ayant pas, il semble difficile d'admettre que l'avantage de preuve fourni par le premier puisse être renversé par le second. Par ailleurs, si le danger de fraude est moins grand entre assureur et assuré qu'entre responsable et assuré, il existe tout de même, et le responsable qui a payé rapidement sa victime, qui a même fait enregistrer sa quittance, pourrait être ensuite victime d'une quittance antidatée délivrée à l'assureur par l'assuré. Pour éviter

[125] (1) D. H. 1939. 300 ; R. g. a. t. 1939. 488.

(2) RIPERT, *Traité élémentaire de Planiol*, t. II n° 441. — AUBRY et RAU, tome XII, § 756, p. 224 sqq. — BEUDANT, *Contrats et obligations* n° 1000.

[126] (1) R. g. a. t. 1939. 671.

ce danger, il faut exiger que la quittance ait date certaine. D'ailleurs, cette solution ne présente pas d'inconvénient grave pour l'assureur : la quittance qu'il présente aura date certaine du jour de sa production en justice, puisqu'il en sera fait mention dans les actes de la procédure, et il lui suffira, pour éviter toute difficulté, d'exercer son recours sans délai.

[127] Nous avons ainsi déterminé dans quels cas l'exception opposable à l'assuré est opposable à l'assureur et dans quels cas elle ne l'est pas. Mais le problème ne s'arrête pas là, car dans un cas comme dans l'autre l'équité est lésée, et il y a un équilibre à rétablir. De toute façon, l'assuré bénéficie d'un avantage injustifié : il a reçu l'indemnité d'assurance, et malgré cela profité d'une façon ou d'une autre de sa créance de dommages-intérêts, ou ses créanciers en son nom. Si l'exception est opposable à l'assureur, c'est lui qui est lésé, car il a indemnisé, et malgré l'art. 36, il ne peut se faire rembourser. Il faut alors recourir au § 2 de l'art. 36 : l'assureur est déchargé de son obligation ; mais par hypothèse il a payé ; il semble qu'il puisse agir en répétition de l'indû : en réalité, il s'agira d'un recours en responsabilité contractuelle, fondé sur l'inexécution d'une obligation du contrat (1). Si au contraire l'exception n'est pas opposable, c'est le responsable qui est lésé. La victime a accepté de lui un paiement indû puisqu'elle n'était plus le véritable créancier ; ou bien elle a transigé sur des droits qui ne lui appartenaient plus, encourant ainsi une responsabilité contractuelle.

SECTION III

ÉTENDUE DES DROITS DE L'ASSUREUR

Les droits de l'assureur subrogé peuvent se trouver en conflit avec ceux de son assuré, ou bien avec ceux d'un autre assureur.

§ 1^{er}. — CONCOURS ENTRE ASSUREUR ET ASSURÉ.

[128] Il peut arriver, et il arrive souvent en pratique, que la somme versée par l'assureur soit inférieure au préjudice réel subi par l'assuré. Il en est ainsi toutes les fois que le capital assuré est insuffisant, soit parce que l'assuré l'a librement fixé ainsi, soit à cause de l'existence d'un découvert obligatoire :

[127] (1) Cf. *infra* n° 143-144.

en ce cas, même si le sinistre est partiel et ne dépasse pas le capital assuré, l'indemnité est réduite d'après la règle proportionnelle. L'indemnité peut aussi subir une réduction proportionnelle à la suite de déclarations irrégulières que l'assuré aurait faites de bonne foi. Il se peut enfin que la police ait exclu certains risques.

Dans tous ces cas où l'indemnité d'assurance est inférieure au dommage, l'assureur n'est subrogé contre le responsable que pour le montant de l'indemnité qu'il a versée. Pour le surplus, l'assuré conserve son recours. Ainsi l'assureur subrogé se trouvera en concours avec son assuré. Si le tiers responsable est insolvable et ne peut payer l'intégralité du dommage, il faut se demander comment répartir entre l'assureur et l'assuré les dommages-intérêts obtenus du responsable : faut-il partager au marc le franc, ou accorder à l'un d'eux un droit de préférence ? Le même problème peut se poser aussi d'une autre manière : supposons que le tiers responsable ait assuré sa responsabilité, et que cette assurance soit également insuffisante ; l'assureur de dommages et la victime exerçant chacun pour sa part l'action directe contre l'assureur de responsabilité se trouveront en concours sur l'indemnité d'assurance insuffisante, chacun d'eux cherchant à se faire payer sur cette indemnité, pour ne pas courir le risque d'insolvabilité du responsable lui-même (1).

[129] Il est tout d'abord certain qu'on ne saurait donner un droit de préférence à l'assureur contre l'assuré : ce serait manifestement contraire au but du contrat d'assurance. Avant la loi de 1930, la clause subrogatoire utilisée était généralement interprétée comme une cession de créance. L'application rigoureuse de cette idée aurait logiquement conduit à admettre un droit de préférence au profit de l'assureur cessionnaire, car celui qui cède une créance la garantit, et ne doit rien faire de nature à la compromettre. Mais cette solution serait tellement choquante qu'elle semble n'avoir jamais en fait été soutenue, et l'on s'accordait à admettre que le concours devait se faire au marc le franc.

[130] Mais la question est beaucoup plus épineuse de savoir s'il n'y a pas lieu d'accorder un droit de préférence à l'assuré. Contrairement à beaucoup d'autres, elle n'a pas reçu à l'étranger une solution uniforme, et les deux tendances sont représentées (1). Les législations belge, luxembourgeoise et allemande (2), et plus récemment la loi tchécoslovaque (3) don-

[128] (1) H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité*, t. III n° 2698-8 et 2733-3°.

[130] (1) DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. IV n° 626 sqq.

(2) Loi belge du 11 juin 1874, art. 22 § 3. — Loi luxembourgeoise du 16 mai 1891, art. 21. — Loi allemande du 30 mai 1908, art. 76.

(3) Loi tchécoslovaque du 3 juillet 1934, art. 62 § 1^{er} *in fine*.

nent la préférence à l'assuré. Mais les codes de commerce italien et portugais (4), et la loi roumaine (5) mettent l'assureur et l'assuré sur un pied d'égalité.

En France, la loi du 13 juillet 1930 n'a pas tranché la difficulté, mais on a recours pour cela à l'art. 1252 du code civil sur la subrogation : « La subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. » Ce texte donne donc au créancier subrogeant un droit de préférence sur le subrogé, et par suite à l'assuré sur l'assureur. Mais l'application de l'art. 1252 au cas de l'assureur suppose que la subrogation de l'art. 36 est une véritable subrogation, rentrant dans le cadre de la subrogation de droit commun, ce qui, nous le savons, n'est pas admis par tout le monde. C'est pourquoi, lors de la discussion de la loi, le sénateur Curral proposa un amendement qui, à l'exemple de la loi allemande, aurait comporté une référence expresse à l'art. 1252. Cet amendement fut rejeté. On pourrait être tenté d'y voir l'intention du législateur de rejeter l'application de l'art. 1252, mais ce serait une erreur : en réalité, on a considéré au contraire que la subrogation de l'art. 36 étant une véritable subrogation, la référence à l'art. 1252 était évidente, sans qu'il fût besoin d'un texte spécial (6). Pour nous, qui avons admis que la subrogation de l'art. 36 rentre dans le cadre de la subrogation de droit commun, la question ne fera pas de difficulté : il faut appliquer l'art. 1252.

[131] C'est ainsi que l'ensemble de la doctrine se prononce en faveur d'un droit de préférence pour l'assuré (1), et M. Besson, dans une série de notes de jurisprudence (2), s'est fait le principal défenseur de cette solution. Un arrêt de la cour de Lyon du 2 mars 1943 (3), contrairement à cette doctrine, avait admis le concours au marc le franc, mais il a été cassé par arrêt de la Chambre Civile du 5 mars 1945 (4).

La cour de Lyon invoquait une jurisprudence ancienne et

(4) C. comm. italien, art. 438. — C. comm. portugais, art. 441.

(5) Loi du 4 juillet 1930, art. 78 § 3.

(6) En ce sens, PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II n° 309. — E. H. PERREAU, *Rev. crit.* 1938. 175.

[131] (1) TRASBOT, *Commentaire de la loi de 1930*, D. 1931. 4. 23. — E. H. PERREAU, *Rev. crit.* 1938. 175. — LEPARGNEUR, *Traité de PLANIOL et RIPERT*, t. XI p. 632 note 1. — GAUTHIER, thèse p. 117 sqq. — H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. III n° 2698-8 et 2733-3° ; *Rev. trim. dr. civ.* 1944. 39, 1946. 36 et 1948. 344.

(2) D. 1944. J. 134 ; D. 1946. J. 2 ; J. C. P. 1948. J. 4335. — Voir aussi PICARD et BESSON, t. II n° 309. — Dans le même sens, notes signées A. B., R. g. a. t. 1939. 76, 1943. 248 et 1945. 159.

(3) D. C. 1944. J. 133 note BESSON ; R. g. a. t. 1943. 246 note A. B. — Dans le même sens, Donai 24 novembre 1947, J. C. P. 1948. J. 4335 ; R. g. a. t. 1948. 130.

(4) D. C. 1946. J. 1. note BESSON ; J. C. P. 1945. J. 2798 note P. L.-P. ; R. g. a. t. 1945. 157 note A. B.

constante, d'après laquelle l'art. 1252 suppose l'existence d'un privilège ou d'une hypothèque au profit du créancier, et ne s'applique pas au créancier simplement chirographaire (5). M. Besson annotant cet arrêt (6), s'attache à réfuter cette objection. Il fait remarquer tout d'abord que rien dans le texte n'autorise une telle distinction : les termes en sont généraux et formels, et ne sous-entendent aucune restriction. Sans doute la subrogation telle qu'elle est prévue par le code civil, a sur tout pour but de transmettre au subrogé les sûretés réelles dont bénéficie le créancier, mais elle porte sur l'ensemble de la créance. La solution de l'art. 1252 se fonde sur une interprétation de volonté que l'on peut aussi bien présumer d'un créancier chirographaire. Si la jurisprudence a pu faire une telle distinction, c'est parce que dans le cas habituel où le subrogé a payé la dette d'autrui, il dispose par le fait même d'une action personnelle : action de mandat ou de gestion d'affaires suivant le cas ; exerçant ce recours, il n'a pas à invoquer la subrogation, et ne peut par suite se voir opposer l'art. 1252 ; si le créancier est seulement chirographaire, il concourt avec lui. Or il en est tout autrement dans le cas de l'assureur : il acquitte sa propre dette et ne dispose d'aucune action personnelle contre le responsable. La distinction admise par la jurisprudence dans l'interprétation de l'art. 1252 n'a donc pas une valeur générale et absolue, et ne peut s'appliquer au cas de l'assureur. Ainsi, dans l'état actuel des textes, il ne semble pas possible de dénier à l'assuré un droit de préférence par rapport à l'assureur.

[132] Mais nous ne croyons pas pouvoir suivre M. Besson lorsqu'il approuve cette solution sans réserve et la juge conciliable avec le mécanisme du contrat d'assurance (1). La subrogation, dit-il, n'a pas été édictée dans l'intérêt de l'assureur, car il a encaissé des primes formant la contrepartie de l'indemnité d'assurance, et il n'a aucun droit à dédommagement ; le législateur lui a accordé la subrogation pour éviter le cumul d'indemnités entre les mains de l'assuré, mais ce n'est là qu'un *ultimum subsidium*. D'après M. Besson, la subrogation serait donc un cadeau que l'on fait à l'assureur, mais à contre-cœur, faute de pouvoir faire autrement, et qu'on lui reprend dès que l'occasion s'en présente ; par le fait même, elle ne serait qu'un élément très secondaire du contrat. En réalité, il en est tout autrement : comme nous croyons l'avoir montré précédemment (2), la subrogation caractérise une cer

(5) Req. 1^{er} août 1860, D. 1860. 1. 502. — Req. 13 février 1899, D. 1899. 1. 246

(6) D. 1944. J. 134. — Dans le même sens, note signée A. B., R. g. a. t. 1943

taine combinaison du contrat d'assurance qui garantit l'assuré non pas contre le sinistre lui-même, mais seulement contre le risque de ne pouvoir se faire indemniser du sinistre, et elle constitue une pièce maîtresse de l'équilibre d'un tel contrat ; elle ne peut donc être considérée comme accessoire. D'autre part, elle n'est pas un don gratuit pour l'assureur, puisqu'elle aboutit à une réduction des primes.

[133] Nous venons de dire que dans l'assurance de dommages l'assuré cherche à se garantir contre l'impossibilité de se faire indemniser d'un sinistre, et cette idée semblerait fournir argument en faveur de la solution légale. Mais ici il faut faire intervenir une autre considération essentielle. La victime a conclu un contrat d'assurance insuffisant ; elle a gardé à sa charge le risque non couvert par l'assurance. Pour cette partie du risque, la victime est ainsi à elle-même son propre assureur (1). Comme l'assureur, elle a compté sur le recours, et elle a couru le danger de ne pouvoir être indemnisée. L'assureur et l'assuré se trouvent donc chacun pour sa part dans la même situation ; si le risque se réalise, la perte doit se répartir proportionnellement entre eux, et ce serait détruire l'économie du contrat que de donner à l'un d'eux un droit de préférence.

A l'appui de son opinion, M. Besson (2) invoque la volonté présumée des parties : l'assuré a voulu se ménager une garantie particulière d'indemnisation et trouver en face de lui deux débiteurs au lieu d'un ; pour répondre à son but, le contrat doit lui procurer au maximum la réparation du dommage. Tout cela est exact, mais seulement dans les limites de la garantie prévue au contrat. Dès lors que l'assureur a versé, l'indemnité convenue, la volonté des parties a reçu exécution, l'effet du contrat est épuisé ; à l'égard du dommage non couvert par l'assurance, l'assuré ne peut à aucun titre se prévaloir de son contrat.

[134] M. Besson objecte encore (1) que la subrogation accordée à l'assureur ne doit pas nuire à l'assuré en portant atteinte à l'utilité de son contrat ; le contrat d'assurance ne doit pas finalement empêcher l'assuré d'obtenir réparation intégrale. Mais ce qui empêche une indemnisation intégrale, ce n'est pas le droit accordé à l'assureur de concourir au marc le franc avec son assuré, c'est le fait de l'insolvabilité du tiers responsable. Il ne faut pas envisager la subrogation isolément, mais la replacer dans le cadre de l'opération d'assurance dont elle fait partie. Si la victime ne s'était pas assurée, elle aurait

[133] (1) Lyon 2 mars 1943, précité.

(2) Notes D. 1944. J. 135 col. 2 et J. C. P. 1948. J. 4335.

[134] (1) Notes D. 1944. J. 134 ; D. 1946. J. 2. Dans le même sens, note signée A. B., R. g. a. t. 1943. 248.

subi intégralement les conséquences de l'insolvabilité du responsable ; le contrat lui permet de les éviter en partie. Il garde donc une utilité, qu'un exemple fera apparaître plus clairement.

Supposons un sinistre de 2.400.000 francs : la victime n'était assurée que pour 1.600.000 francs ; elle recourra donc contre le responsable pour 800.000 francs et l'assureur pour 1.600.000 francs. Le responsable est partiellement insolvable, et le recours produit seulement la somme de 900.000 francs. Si l'on admet le concours au marc le franc, cette somme sera attribuée pour 300.000 francs à l'assuré et 600.000 francs à l'assureur. L'assuré touchera ainsi au total $1.600.000 + 300.000 = 1.900.000$ francs ; s'il ne s'était pas assuré, il aurait touché seulement 900.000 francs. On ne peut donc pas dire que le contrat ait été pour lui inutile. Si au contraire on lui accorde un droit de préférence, l'assuré prendra 800.000 francs sur les 900.000 francs obtenus du responsable, et se trouvera indemnisé totalement, exactement comme s'il s'était assuré pour 2.400.000 francs en payant des primes plus élevées ; il y a là quelque chose d'illogique.

[135] Notons d'ailleurs que la même critique pourrait être formulée de façon beaucoup plus générale contre la règle de l'art. 1252. En effet, pour apprécier si elle nuit au subrogeant, on ne devrait pas considérer la subrogation isolément, mais avec le paiement dont elle est la conséquence : si la subrogation doit lui nuire, mais que le paiement proposé lui procure un avantage plus important, le créancier n'hésitera pas à l'accepter. En réalité, la règle de l'art. 1252 ne s'imposait nullement ; elle frustre le subrogé de droits qui devraient logiquement lui appartenir, et ne contribue pas à encourager la pratique de la subrogation.

Pour toutes ces raisons, il faut regretter que le législateur n'ait pas écarté en matière d'assurance la règle de l'art. 1252. Il aurait suffi pour cela d'une disposition analogue à celle qu'adoptait à la même époque la loi roumaine du 4 juillet 1930 dans son art. 78 § 3 : « Si les dégâts n'ont été dédommagés que partiellement, l'assuré et l'assureur ont le droit de recourir contre le tiers, proportionnellement au montant de la somme qu'il doit à chacun d'eux. » (1).

[136] Précisons toutefois quelles devraient être les limites de cette solution au cas où elle serait adoptée. Elle suppose d'abord que l'insuffisance de l'indemnité d'assurance résulte du fonctionnement normal du contrat ; il faut que l'assureur ait satisfait intégralement à ses obligations. Il n'en serait pas ainsi

[135] (1) R. g. a. t. 1931. 237.

en cas d'insolvabilité de l'assureur. D'autre part, l'assureur ne peut prétendre concourir au marc le franc avec l'assuré que dans la mesure où ils font valoir les mêmes droits, où ils exercent l'un et l'autre la même action en responsabilité ; mais l'assuré doit pouvoir écarter ce concours s'il exerce d'autres droits, par exemple s'il réclame des fermages impayés, comme c'était le cas dans l'espèce de l'arrêt de la Chambre Civile du 5 mars 1945.

Certains auteurs se sont élevés contre une telle distinction (1) en faisant remarquer que les créances du propriétaire contre le locataire, qu'il s'agisse de fermages impayés ou de dommages d'incendie, sont garanties par le même privilège du bailleur d'immeubles : en effet les termes de l'art. 2102-1° sont très généraux : « Le même privilège a lieu pour les réparations locatives, et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail. » Mais là n'est pas la question. Le contrat d'assurance ne doit pas nuire à l'assuré. Nous avons vu que ce principe n'empêche pas le concours au marc le franc pour l'exercice de l'action en responsabilité, car il faut considérer l'opération dans son ensemble, et peu importe que la subrogation nuise à l'assuré si le contrat lui procure en échange un avantage supérieur. Mais le contrat nuirait réellement à l'assuré s'il l'empêchait d'exercer des créances complètement indépendantes. Telles sont les deux réserves avec lesquelles le principe du concours au marc le franc entre assureur et assuré pourrait et devrait être admis.

§ 2. — CONCOURS ENTRE PLUSIEURS ASSUREURS.

[137] L'assureur de dommages exerçant le recours de l'art. 36 peut aussi se trouver en concours avec d'autres assureurs. Il en est ainsi en cas d'assurances multiples. Plusieurs assureurs ont assuré le même risque, et ont indemnisé, chacun pour leur part ; ils se trouvent subrogés contre le même responsable. Si la somme obtenue de celui-ci est insuffisante, comment devrait-elle être répartie ?

MM. Picard et Besson (1) signalent pour le rejeter un premier système auquel on pourrait songer : l'assuré ayant un droit de préférence contre l'assureur qui l'a payé le premier transmettrait ce droit par la subrogation à celui qui le paie le second. Ainsi il faudrait donner la préférence à l'assureur qui a payé le dernier. Un tel système ne saurait être admis, car il établirait en pratique une prime au retard dans le règlement des indemnités. Pour l'écarter, MM. Picard et Besson

[136] (1) Note signée P. L.-P., J. C. P. 1945. J. 2798. — BESSON, note D. C. 1946. J. 2.

[137] (1) *Traité général*, t. II n° 310.

précisent que le droit de préférence du subrogeant lui est personnel, et ne se transmet pas par subrogation. En réalité, c'est le principe même du droit de préférence de l'assuré sur l'assureur qui est mauvais, et le système envisagé, qui en est la conséquence logique, constitue un argument de plus contre lui.

[138] On pourrait considérer au contraire que l'assureur qui paie le second n'est subrogé qu'à partir du moment où il paie, et que les droits qu'il acquiert alors ne sauraient préjudicier à ceux acquis antérieurement par l'assureur qui a déjà payé. Mais ce raisonnement ne doit pas non plus être retenu. C'est le paiement qui rend effective la subrogation, mais elle a sa source dans la loi et le contrat d'assurance, et les droits de l'assureur ont une sorte d'existence virtuelle dès le jour du sinistre. Peu importe donc à ce point de vue la date respective des paiements. Les assureurs devront être mis sur un pied d'égalité et concourir proportionnellement aux indemnités qu'ils ont versées.

Telle est la solution en dehors de toute clause spéciale. Mais l'assuré pourrait-il par convention en disposer autrement, et donner un droit de préférence à l'un de ses assureurs ? Pour répondre à cette question, il faut considérer qu'une telle clause aboutirait à frustrer les autres assureurs d'une partie des droits qu'ils tiennent de la loi ; dès lors il est évident que pour être valable, elle doit être acceptée par les assureurs lésés. Ceux-ci ont le droit d'y consentir puisqu'ils peuvent renoncer à la subrogation ; mais à défaut de ce consentement, la clause est sans valeur, car l'assuré dispose d'un droit qui ne lui appartient pas (1).

SECTION IV

PRESCRIPTION DU RECOURS DE L'ASSUREUR

[139] Au sujet du recours de l'assureur contre le responsable du sinistre, il faut encore se demander dans quel délai il doit être exercé, au bout de combien de temps il sera prescrit. La loi du 13 juillet 1930 contient un texte relatif à la prescription, l'art. 25 : « Toutes les actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance. » Mais un arrêt du Conseil d'Etat du 17 novembre 1933 (1) refuse d'appliquer ce texte au recours

[138] (1) En ce sens, Poitiers 15 novembre 1938, R. g. a. t. 1939. 74, et la note signée A. B. ; Rec. pér. ass. 1939. 6. PICARD et BESSON, *op. cit.*, t. II, n° 310. SUMIEN, *op. cit.* n° 151.

[139] (1) Gaz. Pal. 1934. 1. 73 ; R. g. a. t. 1934. 74 et la note signée M. P.

de l'assureur ; cet arrêt a été rendu à propos d'une subrogation conventionnelle, mais la question se présente dans les mêmes termes avec la subrogation de l'art. 36. La solution est approuvée par les auteurs (2). En Belgique, l'art. 32 de la loi du 11 juin 1874 soumettant à une prescription de trois ans les actions qui dérivent du contrat d'assurance, soulève la même question, et la jurisprudence décide dans le même sens (3).

[140] Le texte de l'art. 25 parle des actions « dérivant du contrat d'assurances », c'est-à-dire de celles qui peuvent naître dans les rapports entre assureur et assuré à propos de l'exécution du contrat. Or l'action qu'exerce l'assureur n'est autre que celle de l'assuré contre le responsable ; elle ne dérive pas du contrat d'assurance, mais du délit ou du quasi-délit, et elle garde la même nature entre les mains de l'assureur. Les termes de l'art. 25 sont assez explicites en ce sens, et ils se trouvent corroborés par le but de ce texte tel qu'il résulte des travaux préparatoires. Il s'agissait de protéger l'assuré de deux façons : pour le recours en garantie de l'assuré contre l'assureur, on a voulu empêcher l'assureur de stipuler un délai de prescription abusivement court, comme cela se faisait auparavant ; pour le recours de l'assureur en paiement de primes arriérées, le texte l'empêche de réclamer des primes impayées depuis très longtemps, correspondant à une période où, par suite du non-paiement des primes, la garantie se trouvait suspendue. Mais le délai de prescription du recours de l'assureur contre le responsable est indifférent au souci de la protection de l'assuré.

Ce n'est donc pas dans la loi de 1930 qu'il faut chercher la réponse à la question posée, mais dans le droit commun. La prescription est en principe celle de trente ans, à moins qu'il n'y ait lieu d'appliquer une prescription plus courte. Ainsi dans le cas où la faute constitue une infraction pénale, le recours de l'assureur comme celui de la victime se trouve soumis à la prescription pénale.

(2) Note signée M. P. précitée. — PICARD et BESSON, *Traité général*, t. II, n° 311. — H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité*, t. III, n° 2733-4. — GAUTHIER, thèse p. 140-142.

(3) Trib. civ. Huy, 24 janvier 1935, *Rev. gén. ass. et resp.* 1935. 1847. — Liège, 15 mars 1938, *Rev. gén. ass. et resp.* 1938. 2698.

SECTION V

DU CAS OU LA SUBROGATION EST RENDUE IMPOSSIBLE
DÉCHARGE DE L'ASSUREUR

[141] Nous avons ainsi exposé dans quelles conditions l'assureur de dommages peut exercer le recours de la victime contre le responsable du sinistre. Mais l'assuré est certain d'être indemnisé par l'effet de son contrat, et d'autre part il sait que son recours profitera à l'assureur ; aussi il serait à craindre qu'il s'en désintéresse, et par exemple le laisse prescrire. Le législateur a voulu éviter ce danger en insérant à l'art. 36 un § 2 qui sanctionne une telle négligence : « L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur. » (1) Ce texte n'est d'ailleurs qu'une transposition dans le domaine de l'assurance, de l'art. 2037 sur le cautionnement : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. » Ici encore le législateur a consacré la solution admise antérieurement, sous le régime de la clause subrogatoire (2).

[142] L'art. 36 § 2 consacre ainsi à la charge de l'assuré une véritable obligation de garantie. Il est tenu de faire tout ce qui est nécessaire pour transmettre ses droits dans leur intégrité, avec toutes leurs garanties, et d'une façon générale toutes les chances qu'ils peuvent avoir d'être ramenés à exécution. L'assuré est responsable envers l'assureur de la conservation de ses droits. C'est là une différence avec la subrogation de droit commun : le subrogeant ordinaire n'est pas tenu à garantie envers le subrogé ; si la créance n'existe pas, le subrogé dispose seulement d'une action en répétition de l'indû. Par cette obligation de garantie, la subrogation de l'art. 36 semble se rapprocher plutôt de la cession de créance. Mais le cessionnaire d'une créance en garantit l'existence, tandis que l'assuré ne garantit pas qu'il y aura en tout état de cause un recours à exercer contre un tiers : le sinistre peut fort bien ne mettre en jeu aucune responsabilité. L'assuré n'est pas

[141] (1) Voir notamment trib. comm. Seine 1^{er} avril 1947, et Paris 9 juillet 1947, R. g. a. t. 1947. 262 et la note signée A. B. — PICARD et BESSON, *op. cit.*, t. II, n° 312. — GAUTHIER, thèse p. 120-124.

(2) Req. 1^{er} décembre 1931, D. H. 1932. 36. — Gaz. Pal. 1932. 1. 202 ; R. g. a. t. 1932. 111. — GAUTHIER, thèse p. 72-76.

garant de l'existence du recours, mais seulement de sa conservation.

[143] Le texte dit : « L'assureur peut être *déchargé*... » On peut regretter ce terme qui n'est pas très expressif, car il ne se réfère pas à une catégorie juridique précise. Il faut donc se demander par quel procédé juridique l'assureur se trouve ainsi déchargé. On pourrait à première vue être tenté d'y voir un cas de déchéance ; cette interprétation aurait sans doute le mérite de la simplicité. Mais n'est-il pas plus exact de penser que l'art. 36 § 2 applique les principes de la responsabilité contractuelle ? La question pourra avoir dans certains cas une grosse importance, car la responsabilité suppose l'existence d'un préjudice. Supposons par exemple que l'assuré ait laissé prescrire son recours, mais qu'il soit établi que le responsable est insolvable, et que le recours aurait été inefficace : cette circonstance exonérera l'assuré de toute responsabilité contractuelle, mais ne lui évitera pas la déchéance.

[144] La responsabilité contractuelle convient parfaitement à la situation. La subrogation est un élément du contrat ; elle est édictée par la loi, mais elle repose sur l'intention présumée des contractants. L'assuré qui s'engage à transmettre son recours à l'assureur, s'engage implicitement à le sauvegarder. Et si par son fait il rend la subrogation inefficace, il manque à l'une des obligations du contrat, engageant ainsi sa responsabilité contractuelle (1). D'ailleurs l'art. 2037 sur lequel est calqué l'art. 36 § 2 suppose lui aussi l'existence d'un préjudice (2).

Il faut considérer aussi que la loi de 1930, soucieuse de protéger les assurés, est hostile aux déchéances, sanctions souvent hors de proportion avec le fait incriminé, et dont la pratique antérieure avait abusé. La déchéance est une sanction exceptionnelle qui ne peut résulter que d'une disposition claire et formelle de la loi. La responsabilité contractuelle au contraire est la sanction de droit commun, susceptible de s'appliquer même en l'absence de toute disposition légale spéciale.

Dans le même sens, on peut encore invoquer l'exemple des législations étrangères. Certaines d'entre elles, la loi tchécoslovaque notamment (3), emploient comme la loi française l'expression obscure de « décharge ». Mais beaucoup d'autres déclarent l'assuré « responsable » de la perte du recours : c'est le cas notamment de la loi belge (4), du code de commerce

[144] (1) Trib. comm. Seine 1^{er} avril 1947, précité.

(2) Civ. 9 novembre 1914, D. 1917. 1. 171. — Civ. 13 juin 1939, D. H. 1939. 417.

(3) Art. 62 § 3.

(4) Art. 22 § 1^{er} *in fine*.

turc (5), de la loi roumaine (6), et du nouveau code civil italien (7). Et aucune, à notre connaissance, ne parle à ce propos de déchéance. Toutes ces raisons nous conduisent donc à considérer l'art. 36 § 2. comme un cas de responsabilité contractuelle.

[145] Il faut maintenant en préciser les conditions d'application et les effets. Le texte parle du « fait de l'assuré ». Il n'est donc pas besoin d'une faute proprement dite : un simple fait actif ou même passif de l'assuré, une simple négligence, peuvent donner lieu à l'application du § 2.

Il s'agit d'un fait de l'assuré qui a rendu inefficace la subrogation. Il en est ainsi lorsque l'assuré a laissé prescrire son recours (1), lorsqu'il a omis des formalités indispensables, comme celles des art. 105 et 106 c. comm. en matière de transports (2), et dans tous les cas où une exception opposable à l'assuré est opposable aussi à l'assureur (3) : l'assuré a par exemple reçu paiement du responsable, ou il a renoncé à ses droits, ou il a transigé. Ce sont les cas les plus importants, mais l'art. 36 § 2 est susceptible d'applications variées dont la jurisprudence fournit quelques exemples : un expéditeur fait enregistrer comme bagages des marchandises qui ne sont pas admises à ce titre par les règlements ; il contracte une assurance pour ce transport. Les marchandises sont perdues. Le transporteur refuse toute indemnité parce que le contrat de transport vicié à l'origine n'a pu se former ; l'assureur peut refuser lui aussi d'indemniser (4). Ou encore cet autre exemple : dans une assurance contre le vol d'une automobile, l'assuré a donné un numéro de série inexact ; l'automobile est volée. Par suite de cette erreur, la recherche en est impossible et la subrogation inefficace. La cour de Paris, dans un arrêt du 4 avril 1938 (5), a exonéré l'assureur en invoquant la nullité du contrat d'assurance par suite d'une erreur substantielle ; mais comme le montre l'annotateur de l'arrêt, le raisonnement est inexact, et il y avait lieu d'appliquer l'exception de subrogation.

[146] L'existence d'un tel fait de l'assuré suffit-elle pour entraîner de plein droit la décharge de l'assureur ? On peut en douter puisque la loi dit : « l'assureur *peut* être déchargé » :

(5) Art. 963 § 2.

(6) Art. 78 § 2.

(7) Art. 1916 § 3.

[145] (1) Trib. comm. Seine, 1^{er} avril 1947, R. g. a. t. 1947, 262, note A. B.

(2) Paris, 9 juillet 1947, *ibid.*

(3) Cf. *supra* n° 119-123.

(4) Req. 1^{er} décembre 1934, D. H. 1932, 36 ; Gaz. Pal. 1932, I, 292 ; R. g. a. t. 1932, 111.

(5) R. g. a. t. 1938, 713, note A. B.

cette expression a beaucoup embarrassé les commentateurs, et plusieurs interprétations ont été suggérées. D'après M. Trasbot (1), il faudrait, pour que l'assureur soit déchargé, une clause expresse de la police, et l'art. 36 § 2 viserait seulement à autoriser cette clause. On a proposé aussi de laisser aux tribunaux le pouvoir d'apprécier ; mais M. Gauthier (2), qui préférerait ce système de *lege ferenda*, reconnaît qu'il n'est guère conciliable avec le texte. Ces deux interprétations vont à l'encontre de l'exposé des motifs qui précise : « l'assureur est en droit de répéter ». C'est pourquoi la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître que l'exception de subrogation constitue un droit pour l'assureur (3).

Cette opinion semble indiscutable, mais elle n'explique pas le mot « peut » qui se trouve dans la loi. Les auteurs ne s'en soucient pas, excepté MM. Picard et Besson (4) pour lesquels il signifie que l'assureur peut se prévaloir du droit que lui donne le § 2, ou y renoncer ; mais c'est absolument évident, et il est inutile de le préciser. En réalité, les termes de la loi s'expliquent aisément si l'on admet, comme nous l'avons fait, que l'art. 36 § 2 applique simplement la responsabilité contractuelle et suppose un préjudice pour l'assureur : la condition exprimée par la loi d'un fait de l'assuré rendant inefficace la subrogation ne suffit pas : l'assureur « peut » être déchargé, c'est-à-dire qu'il le sera s'il éprouve un préjudice et qu'il ne le sera pas dans le cas contraire.

[147] Lorsque ces conditions sont réunies, l'assureur est déchargé de son obligation d'indemniser ; mais le texte précise que cette décharge peut être seulement partielle : « L'assureur peut être déchargé, *en tout ou en partie*. » S'il s'agissait d'un cas de déchéance, ces mots devraient être interprétés dans le sens d'une proportionnalité avec la perte du recours ; si par exemple la négligence ou la faute de l'assuré a fait perdre les deux cinquièmes des droits contre le responsable, l'assureur serait déchargé des deux cinquièmes de son obligation. Mais en réalité nous sommes en présence de la responsabilité contractuelle, et non pas d'une déchéance, et les mots « en tout ou en partie » doivent être interprétés autrement : le préjudice subi par l'assureur, qui est la condition de la responsabilité contractuelle de l'assuré, en est aussi la mesure. L'assureur est donc déchargé pour une somme égale au préjudice que lui cause la perte de la subrogation.

146, (1) *Op. cit.* D. 1931. 4. 24, col. 1.

(2) Thèse p. 123-124.

(3) En ce sens notamment : PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II n° 312. — LE PARGNEUR, *Traité de PLANIOL et RIPERT*, t. XI p. 633 note 1. — SUZANNE GRILLON, thèse p. 110-111. — GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, *Code des assurances*, n° 715.

(4) *Loc. cit.*

[148] Comment s'exercera en pratique ce droit de l'assureur ? S'il n'a pas encore indemnisé l'assuré, il peut refuser de payer. Ce refus prend l'apparence d'une déchéance, mais ce n'est qu'une apparence ; c'est en réalité le jeu de la compensation entre la créance d'indemnité de l'assuré contre l'assureur, et la créance de dommages-intérêts contractuels de l'assureur contre l'assuré. En matière d'assurance de responsabilité, il faut réserver les droits qui appartiennent à la victime en vertu de son action directe. Les exceptions nées en faveur de l'assureur postérieurement au sinistre ne sont pas opposables à la victime ; si la perte du recours n'est survenue qu'après le sinistre, l'indemnité d'assurance appartient déjà à la victime, et l'assureur ne peut la compenser avec une créance qu'il acquiert contre l'assuré (1).

Si l'assureur a déjà payé, ou bien si, dans le cas qui vient d'être envisagé, il se trouve obligé de payer malgré la perte de la subrogation, il a certainement un recours contre l'assuré. Mais les auteurs parlent ici d'une action en répétition de l'indû (2), ce qui semble faire allusion à une déchéance en supposant que la créance d'indemnité n'existait pas. En réalité il s'agit de l'action en responsabilité contractuelle appartenant à l'assureur contre l'assuré qui a manqué à ses obligations contractuelles.

SECTION VI

PARTICULARITÉS DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 36 AUX ASSURANCES DE RESPONSABILITÉ

[149] Nous avons établi précédemment (1) que la subrogation légale de l'art. 36 s'applique à l'assurance de responsabilité comme aux assurances de dommages. Mais en cette matière la subrogation se présente dans des conditions différentes, qui nécessitent des particularités (2).

On peut au premier abord se demander comment la subrogation peut fonctionner ici, puisque par hypothèse l'assuré est lui-même responsable de l'accident. Mais il faut se rappeler que l'obligation et la contribution à une dette de dommages-intérêts ne coïncident pas nécessairement ; dans certains cas, la personne responsable envers la victime n'est pas tenue de supporter définitivement la réparation, et elle dispose d'un

[148] (1) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. III, n° 2734. — GAUTHIER, thèse p. 122-123.

(2) PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II, n° 312. — GAUTHIER, thèse p. 122. — SUMIEN, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, n° 151.

[149] (1) N° 75.

(2) Voir surtout BESSON, note J. C. P. 1945. J. 2779.

recours contre une autre personne responsable : c'est ce recours qu'elle transmet à son assureur si elle a assuré sa responsabilité. Il en est ainsi en cas de responsabilité pour autrui, et en cas de responsabilité partagée. Dans le premier cas, le responsable n'est pas tenu de contribuer lui-même à la dette, il dispose d'un recours pour le tout contre l'auteur du dommage, et le transmet à son assureur. En cas de responsabilité partagée, l'assuré doit contribuer partiellement à la dette ; il transmet à son assureur qui a payé le tout un recours partiel contre les autres responsables ou leurs assureurs (3).

[150] Lorsqu'il y a partage de responsabilité, le recours de l'assureur de l'un des responsables contre les autres repose en réalité sur une subrogation à deux degrés. En effet, le coresponsable qui paie à la victime la totalité du dommage est subrogé dans les droits de la victime contre les autres responsables, en vertu de l'art. 1251-3°, comme ayant acquitté une dette dont il était tenu avec autrui ; et d'autre part, l'assureur est subrogé dans les droits de son assuré, en vertu de l'art. 36 de la loi de 1930. Ainsi l'assureur est subrogé dans les droits de la victime (1).

Cette subrogation à deux degrés ne semble pas avoir été aperçue clairement par les décisions jurisprudentielles citées, qui remarquent, sans plus de précisions, que l'assureur est subrogé dans les droits de la victime. La raison en est sans doute que les deux temps de la subrogation n'apparaissent pas nettement en pratique. Pour cela, il faudrait que la victime se fasse indemniser par le responsable, et que celui-ci se retourne ensuite en garantie contre son assureur. Mais en fait les choses ne se passent pas ainsi : la victime agit contre l'assureur par action directe, et les deux subrogations se réalisent simultanément, sans intervention de l'assuré qui pourtant est l'intermédiaire.

Avec ces quelques remarques relatives à l'assurance de responsabilité, nous avons terminé l'étude du fonctionnement de la subrogation de l'assureur tel que le législateur l'a organisé. Il nous faut maintenant nous demander si les contractants peuvent par convention modifier les règles établies par la loi, si elles ont le caractère impératif ou seulement supplétif.

(3) Civ. 16 mars 1943, D. C. 1944. J. 38, note P. L.-P. ; R. g. a. t. 1943. 272. — Civ. 21 décembre 1943, D. C. *ibid.* ; S. 1944. 1. 48 ; J. C. P. 1945. J. 2779 note BESSON ; R. g. a. t. 1944. 171 note A. B. — Trib. civ. Versailles 24 décembre 1936, Gaz. Pal. 1937. 1. 487 ; Caz. trib. 1937. 2. 140. — Trib. comm. Seine 27 octobre 1931, Gaz. Pal. 1932. 1. 192 ; R. g. a. t. 1932. 113.
[150] (1) BESSON, note précitée. — Note signée A. B., R. g. a. t. 1944. 171. — Note signée P. L.-P., D. C. 1944. J. 39.

CHAPITRE IV

POSSIBILITÉ DE CLAUSES CONTRAIRES A L'ARTICLE 36 CARACTÈRE IMPÉRATIF OU SUPPLÉTIF

Le problème est complexe, car il ne se pose pas dans les mêmes termes pour les différentes clauses dérogatoires que l'on peut envisager. Il faut se demander successivement si l'assureur peut

1. renoncer à la subrogation.
2. stipuler à la place de la subrogation une cession d'action,
3. stipuler une dérogation à la solution posée par le § 3 en faveur des parents et préposés de l'assuré.

SECTION PREMIÈRE

RENONCIATION DE L'ASSUREUR A LA SUBROGATION

[151] L'assureur a le droit de renoncer à la subrogation qui lui est attribuée par le législateur. Cela résulte clairement de l'art. 2 qui pose le principe du caractère impératif de la loi de 1930, et fait en même temps exception pour une liste de 22 articles parmi lesquels se trouve l'art. 36. Tout le monde est d'accord pour l'admettre.

Cette solution est d'ailleurs très logique. En effet, la subrogation de l'art. 36 repose sur une interprétation de la volonté des contractants : dans le silence du contrat, on suppose qu'ils ont voulu la subrogation. Mais ils sont libres d'exprimer une

volonté contraire, car la subrogation n'est pas exigée par l'ordre public (1).

L'assureur peut aussi renoncer à la subrogation en dehors de la police, à l'occasion d'un sinistre déterminé ; une telle renonciation est unilatérale, elle ne comporte pas de contrepartie ; elle est purement bénévole de la part de l'assureur. Mais le plus souvent la renonciation est réalisée à l'avance par une clause de la police, en vue de tout sinistre éventuel ; elle présente alors un tout autre caractère : elle constitue un élément essentiel de la convention et donne lieu à une contrepartie. L'assureur qui renonce au bénéfice éventuel d'un recours contre le responsable réclame en compensation un supplément de prime ; le système se retrouve ainsi pratiquement le même qu'avant 1930 où inversement la clause subrogatoire donnait lieu à une réduction de la prime. A cause de ce supplément de prime qu'elle entraîne, la clause de renonciation à la subrogation présente fort peu d'intérêt pour l'assuré, car il cherche seulement à être dédommagé, et aux moindres frais ; peu lui importe en général le recours de l'assureur contre le responsable.

152] Le plus souvent, l'assureur renonce à la totalité du recours ; mais la renonciation pourrait être seulement partielle. Enfin elle peut être valable à l'égard de n'importe quel tiers responsable, ou bien s'appliquer seulement à certaines personnes déterminées. C'est sous cette dernière forme qu'elle est surtout pratiquée. La renonciation présente, nous l'avons vu, peu d'intérêt pour l'assuré ; elle n'est guère utilisée que pour mettre à l'abri du recours certaines personnes qui ne sont pas protégées par le § 3 de l'art. 36, et que pourtant l'assuré ne voudrait pas voir exposées à ce recours. Le cas le plus fréquent de cette pratique est la renonciation stipulée par le bailleur au profit de ses locataires.

Quelles qu'en soient les modalités, la renonciation présente un caractère exceptionnel, et par suite elle doit être interprétée restrictivement. Si elle est stipulée en faveur de certaines personnes déterminées, elle leur est strictement personnelle, et ne peut être invoquée par d'autres personnes ; ainsi par exemple la renonciation stipulée au profit du locataire ne saurait être étendue au sous-locataire.

153] L'assureur qui a ainsi renoncé à la subrogation peut dans certains cas être tenté de révoquer sa renonciation. A-t-il le droit de le faire unilatéralement, ou doit-il au contraire obtenir le consentement de l'assuré et celui du responsable ? Le

(151) (1) MARRET, thèse p. 32-33.

consentement de l'assuré est certainement nécessaire lorsque la renonciation résulte d'une clause du contrat, car seul l'accord des contractants peut modifier le contrat. Pour le consentement du responsable, la question est beaucoup plus délicate. Certains auteurs (1) ont cru pouvoir la résoudre en considérant la renonciation comme équivalente à une stipulation pour autrui en faveur du responsable ; dès lors, conformément aux règles de la stipulation pour autrui, elle serait irrévocable lorsqu'elle a été acceptée par le tiers responsable, ou tout au moins il faudrait son accord. Mais cette opinion appelle les plus expresses réserves, parce qu'elle suppose que la renonciation fait disparaître le recours ; en effet, si le recours reste entre les mains de l'assuré, le responsable n'y gagne rien. Or la question de savoir si l'assuré garde son recours est sujette à controverses ; elle sera étudiée au chapitre suivant (2), et de la solution adoptée nous tirerons alors les conséquences relatives à la révocation.

SECTION II

NULLITÉ DES CLAUSES DE CESSION D'ACTION

[154] L'assureur peut sans aucun doute renoncer au bénéfice de la subrogation légale. Mais la question se pose de savoir s'il peut au contraire par une clause de la police, se faire accorder des avantages plus importants que ceux qui lui sont attribués par la loi. Les assureurs ont parfois revendiqué ce droit et stipulé des clauses de cession d'action analogues à celles qui étaient pratiquées avant 1930.

La cession d'action, en effet, si elle était admise, serait pour l'assureur beaucoup plus avantageuse que la subrogation légale, et cela à trois points de vue principaux :

1°) la subrogation légale suppose le paiement préalable ; au contraire une cession d'action donne le droit d'agir contre le responsable dès le sinistre, et ce droit peut être très utile, surtout pour prendre des mesures conservatoires ;

2°) la subrogation est limitée au montant de l'indemnité versée par l'assureur, tandis que la cession d'action peut porter sur l'intégralité du recours contre le responsable ;

3°) la subrogation entraîne l'application de la règle de l'art. 1252, c'est-à-dire un droit de préférence au profit de l'assuré contre l'assureur. Avec la cession d'action, l'assureur a

]153[(1) PICARD et BESSON, *Traité général*, tome II, n° 317. - GAUTHIER, thèse p. 133.

(2) N° 163.

au moins des droits égaux à ceux de l'assuré, et peut même stipuler un droit de préférence en sa faveur.

La cession d'action ne présente guère pour l'assureur qu'un inconvénient : elle doit être signifiée conformément à l'art. 1690 c. civ. ; mais cet inconvénient est pratiquement insignifiant puisque la jurisprudence interprète très largement l'art. 1690 et se contente d'une mention de la cession dans l'assignation adressée au responsable.

[155] Pour les premiers commentateurs, la validité des clauses de cession d'action ne faisait aucun doute (1). Ils se bornaient à considérer que l'art. 36 se trouve dans la liste donnée par l'art. 2 des dispositions de la loi de 1930 qui sont seulement supplétives, et ils en concluaient que toutes les dérogations se trouvaient autorisées. La question s'est posée devant la cour de Lyon, à propos d'une clause stipulant, contrairement à l'art. 1252 : « La cession s'exercera au prorata des créances respectives de l'assureur et de l'assuré. » ; et la cour par arrêt du 2 mars 1943 (2), valida cette clause.

Mais déjà MM. Picard et Besson, étudiant de plus près le problème, avaient pris parti contre la doctrine antérieure et prouvé de façon péremptoire que les clauses de cession d'action sont incompatibles avec l'art. 36 de la loi de 1930 (3). Cette opinion a depuis été suivie par d'autres auteurs (4) et par la Cour suprême qui, par arrêt du 5 mars 1945 (5), a cassé l'arrêt précité de la cour de Lyon. Et nous ne saurions mieux faire ici que de reprendre l'argumentation de MM. Picard et Besson qui apparaît irréfutable.

[156] Il faut d'abord revenir au texte de l'art. 2 pour en préciser la signification : « Ne peuvent être modifiées par convention les prescriptions de la présente loi, sauf celles qui *donnent aux parties une simple faculté, et qui sont contenues dans les articles 6, 10, 11... 36... etc.* » Les premiers commentateurs avaient pensé que ces deux expressions se recouvraient et que toutes les dispositions des articles cités donnaient une simple faculté. C'était une erreur : certaines des dispositions de ces textes accordent une simple faculté, et celles-là seulement peu-

[155] (1) TRASBOT, *op. cit.*, D. 1931. 4. 24 col. 1. — LEPARGNEUR, *Traité de PLANIOL et RIPERT*, t. XI, n° 1323. — GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, *Code des assurances*, n° 722-723. — Note signée A. B., R. g. a. t. 1937. 952. — GAUTHIER, thèse p. 143.

(2) D. C. 1944. J. 133 note BESSON ; R. g. a. t. 1943. 246 note A. B.

(3) PICARD et BESSON, *op. cit.*, t. II, n° 318. — BESSON, notes D. C. 1944. J. 134 ; D. C. 1946. J. 2. — Dans le même sens, notes signées A. B., R. g. a. t. 1943. 249 et 1945. 158.

(4) H. et L. MAZEAUD, *Rev. trim.* 1944. 39 et 1946. 37. — Note signée P. L.-P., J. C. P. 1945. J. 2798.

(5) Civ. 5 mars 1945, D. 1946. J. 1 note BESSON ; J. C. P. 1945. J. 2798 note P. L.-P. — R. g. a. t. 1945. 157 note A. B.

vent être modifiées par convention ; les autres sont impératives.

Ce principe étant posé, il faut distinguer les dispositions impératives de celles qui accordent une simple faculté. Dans certains textes, le législateur a donné des indications précises, mais rien de tel dans l'art. 36 ; on trouvera alors la solution en se référant à l'esprit de la loi. L'idée maîtresse de la loi de 1930, c'est le souci de la protection de l'assuré. Or la cession d'action telle qu'elle était pratiquée avant la loi de 1930, dépassait les intérêts légitimes de l'assureur. Le législateur a reconnu le bien-fondé du recours de l'assureur, mais en même temps il a voulu le réglementer, lui assigner des conditions qui empêcheraient les abus antérieurs, et pour cela il a choisi le cadre juridique de la subrogation, dont les effets sont moins étendus que ceux de la cession de créance. Cette préférence de la subrogation à la cession de créance est exprimée clairement par l'exposé des motifs : « Le texte nouveau prévoit une subrogation et non plus une cession de droits. » L'article 36 a donc pour but d'éviter les conséquences abusives d'une cession de droits conventionnelle (1), et les limitations qu'il assigne au recours de l'assureur en vue de protéger l'assuré doivent être considérées comme d'ordre public. Autrement l'art. 36 n'apporterait rien de nouveau et serait inutile.

[157] Nous sommes ainsi amené à conclure que l'on ne peut par convention étendre les droits que l'art. 36 accorde à l'assureur : on peut seulement les réduire ou les supprimer, et c'est en cela que l'art. 36 est supplétif et donne une simple faculté. L'art. 36 constitue la limite des droits de l'assureur, mais ils sont susceptibles de varier en-dessous de cette limite. Cette interprétation à sens unique peut sembler au premier abord bien injuste au détriment de l'assureur ; mais elle se justifie parfaitement si l'on remarque que le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion, qui met en présence deux contractants dont la situation économique est très inégale : seul l'assuré risque d'être victime de clauses léonines et a besoin d'une protection du législateur. L'interprétation ainsi donnée à propos de l'art. 36 a d'ailleurs une portée générale, et pourrait s'appliquer à tous les textes cités à l'art. 2.

Les clauses de cession d'action au profit de l'assureur sont donc prohibées dans la mesure où elles nuisent à l'assuré en étendant les droits de l'assureur ; il en est ainsi en particulier d'une clause de cession « au prorata des créances respectives » (1). De telles clauses, si elles sont stipulées, sont nulles et doivent être réputées non écrites. Mais, bien qu'elle ne

[156] (1) Alger, 13 novembre 1947, R. g. a. t. 1948. 126 note A. B.

[157] (1) Civ. 5 mars 1945 précité.

soit pas pratiquée, il faut admettre théoriquement la validité d'une clause qui soumettrait le recours de l'assureur aux formalités exigées par l'art. 1690 pour la cession de créance, car une telle clause n'étendrait pas les droits de l'assureur.

[158] Il reste pourtant un domaine où les clauses de cession d'action ont encore leur rôle à jouer : c'est celui de l'assurance contre le vol. Nous avons vu en effet (1) que la subrogation de l'art. 36 ne s'applique strictement qu'à l'action en responsabilité. Or en matière d'assurance-vol, le recours en responsabilité est illusoire : le voleur est très souvent insolvable, et il peut même n'être pas retrouvé ; d'autre part, on ne peut songer à actionner en responsabilité le tiers acquéreur de la chose volée, car il n'a pas vraiment causé le dommage.

Ce qui peut être intéressant pour l'assureur, c'est d'exercer par l'action en revendication les droits de l'assuré sur la chose volée, si elle vient à être retrouvée ; or il ne peut pour cela invoquer l'art. 36. Aussi les polices d'assurance contre le vol contiennent une clause par laquelle l'assuré cède éventuellement à l'assureur ses droits sur la chose volée. Cette clause semble si normale que la validité n'en a jamais été contestée. Elle peut d'ailleurs se justifier en droit : puisque l'art. 36 ne concerne que l'action en responsabilité, il ne limite les droits de l'assureur que relativement à cette action en responsabilité, et les clauses de cession d'action restent valables à l'égard des autres actions, en particulier de la revendication (2). Bien entendu, l'assuré ne peut transmettre à l'assureur plus de droits qu'il n'en a lui-même. L'assureur revendiquant les objets volés est soumis aux conditions des articles 2279 et 2280, c'est-à-dire que si le tiers détenteur est de bonne foi, il n'est tenu de restituer que moyennant remboursement du prix qu'il a payé (3), sauf théoriquement son recours contre le voleur.

SECTION III

NULLITÉ DES CLAUSES CONTRAIRES AU § 3 DE L'ARTICLE 36

[159] L'article 36 contient un § 3 qui exclut le recours de l'assureur contre certaines personnes unies à l'assuré par un lien de parenté ou de préposition (1). Mais l'assureur pourrait avoir l'idée d'insérer dans la police une clause écartant en tout ou

[158] (1) N° 80.

(2) PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II, n° 318 *in fine*.

(3) Trib. comm. Lyon, 14 juin 1933, R. g. a. t. 1933. 1122 ; Gaz. Jud. Lyon 1933. 323. — HAMONIC, *L'assurance-vol*, thèse Paris 1934, n° 260.

[159] (1) Cf. *supra* n° 81 *sqq.*

en partie cette disposition légale ; une telle clause serait-elle valable ?

Les positions prises par les auteurs sur cette question rappellent celles que nous les avons vus prendre sur la question analogue de la validité ou de la nullité des clauses de cession d'action. Les premiers commentateurs (2), auxquels M. Besson s'était joint en 1930 (3), avaient décidé en faveur de la validité parce qu'ils pensaient que l'art. 2 attribue le caractère supplétif à l'art. 36 tout entier. Ils précisaient en général que pour écarter l'application du § 3, il ne suffisait pas d'une clause de cession des droits et actions contre « toute personne responsable », clause qui serait censée reproduire l'art. 36 et admettre les mêmes exceptions ; ils exigeaient une clause expresse et précise transmettant à l'assureur le recours contre les personnes désignées au § 3.

[160] MM. Picard et Besson ont condamné une telle clause au même titre que les clauses de cession d'action (1), et la Cour de cassation s'est rangée à leur avis (2) ; malgré cela, MM. H. et L. Mazeaud semblent rester sur leur position (3). L'argumentation développée et les principes dégagés à propos des clauses de cession d'action (4) entraînent la nullité des clauses contraires au § 3, car elles auraient pour résultat d'étendre les droits de l'assureur au-delà des limites fixées par la loi. Or ces limites sont impératives parce qu'elles ont pour but de protéger l'assuré. Si le recours de l'assureur pouvait être rétabli contre les personnes désignées au § 3, l'assuré risquerait de perdre le bénéfice de son contrat, soit qu'il se trouve civilement responsable de l'auteur du dommage, soit simplement qu'il renonce à son indemnité d'assurance dans la crainte de voir l'assureur poursuivre un proche parent. Un tel résultat serait contraire à l'esprit de la loi de 1930 et ne peut être admis. D'ailleurs, comme le font remarquer MM. Picard et Besson (5), les termes de la loi sont catégoriques : « l'assureur n'a aucun recours », et il ne peut en être autrement en vertu d'une clause de la police.

Ainsi le principe demeure absolu qu'il est permis de déroger à l'art. 36 pour restreindre les droits de l'assureur, mais non pour les augmenter.

(2) CAPITANT, *La loi du 13 juillet 1930*, R. g. a. t. 1930, 781. — GAUTHIER, *ibid.* p. 126. — GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, n° 725. — H. et L. MAZEAUD, *Traité*, t. III, n° 2739.

(3) Note D. 1930, 2, 118 col. 2.

[160] (1) PICARD et BESSON, *op. cit.*, t. II, n° 313. — BESSON, note D. 1946, J. 3.

(2) Civ. 28 octobre 1947, D. 1948, J. 13 note P. L.-P. ; J. C. P. 1948, J. 4140 note BESSON ; Gaz. Pal. 1947, 2, 277 ; R. g. a. t. 1947, 384 note A. B.

(3) Rev. trim. dr. civ. 1948, 73.

(4) Cf. *supra* n° 156-157.

(5) *Loc. cit.*

CHAPITRE V

DES CAS EXCEPTIONNELS OU L'ASSUREUR N'EST PAS SUBROGÉ

[161] Au cours de nos précédents développements, nous avons rencontré deux exceptions essentielles au principe que l'assureur de dommages est subrogé dans les droits à dommages-intérêts qui peuvent appartenir à son assuré :

1°) l'une d'origine conventionnelle, lorsque l'assureur, par une clause de la police, a renoncé aux droits que la loi lui confère (1) ;

2°) l'autre d'origine légale, prévue par le § 3 de l'art. 36 pour le cas où le responsable est une personne liée étroitement à l'assuré (2).

Ces deux séries d'exceptions soulèvent des problèmes analogues qui sont les suivants :

1°) lorsque l'action en responsabilité ne passe pas à l'assureur, l'assuré peut-il l'exercer lui-même, cumulant ainsi les dommages-intérêts avec son indemnité d'assurance ?

2°) si le tiers responsable a assuré sa responsabilité, l'assureur de la victime qui ne peut agir contre le responsable lui-même peut-il agir contre son assureur de responsabilité ?

Ce sont ces deux problèmes qu'il nous faut maintenant examiner.

[161] (1) N° 151-152.

(2) N° 81 sqq.

SECTION PREMIÈRE

L'ASSURÉ GARDE-T-IL SON RECOURS ?

[162] Dans les deux séries de cas que nous venons de rappeler, l'assureur se trouve privé de recours contre le tiers auteur du dommage. Mais le problème de la responsabilité de celui-ci ne se trouve pas résolu pour autant, et deux solutions différentes peuvent être envisagées :

1°) ou bien le recours disparaît complètement, et alors l'absence de subrogation profite au responsable qui se trouve exonéré de sa responsabilité ;

2°) ou bien le recours subsiste au profit de l'assuré lui-même, et alors l'absence de subrogation profite à l'assuré qui bénéficie d'une double indemnisation. Il y aura cumul intégral des indemnités.

C'est entre ces deux systèmes qu'il s'agit de choisir. Rappelons d'abord les solutions dégagées précédemment (1). En matière d'assurances de dommages, une saine interprétation du caractère indemnitaire conduit à admettre le cumul des indemnités. Le principe indemnitaire a pour but de parer au danger de sinistres volontaires ; si par hypothèse le sinistre est cause par un tiers, ce motif disparaît ; le cumul peut alors être admis, à condition toutefois, comme nous l'avons fait observer, que la faute du tiers soit prouvée. Ainsi, sous cette réserve indispensable, aucun obstacle de principe ne s'oppose au cumul ; mais il doit être écarté dans certains cas pour des raisons particulières ; aussi le problème ne peut recevoir une solution uniforme, et il faut distinguer les différents cas.

§ 1^{er}. — CAS DE RENONCIATION DE L'ASSUREUR.

[163] Dans le cas où l'assureur a renoncé à la subrogation, les auteurs, suivant la tendance moderne favorable au cumul des indemnités, s'accordent pour admettre que l'assuré conserve son recours (1) ; pour justifier leur opinion, ils se contentent de reproduire les arguments, bons ou mauvais, qu'on a l'habitude d'invoquer en faveur du cumul des indemnités en général (2). Mais cette opinion est trop simpliste. Seuls MM. Picard et Besson (3) réservent en quelques mots le droit des parties

[162] (1) N° 33 à 40.

[163] (1) En ce sens : LEPARGNEUR, *Traité de PLANIOL et RIPERT*, t. XI n° 1325. — CAUTHIER, thèse n. 139-140. — PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II, n° 317. — BESSON, note J. C. P. 1948, J. 4146 col. 3.

(2) N° 32 à 37.

(3) *Loc. cit.*

d'exprimer une volonté contraire, et c'est en réalité la clé du problème.

En effet, avec la renonciation de l'assureur à la subrogation, nous sommes dans le domaine contractuel, et c'est un problème d'interprétation de la volonté des parties qui se pose : il s'agit de savoir quelle a été l'intention de l'assuré lorsqu'il a stipulé la clause de renonciation :

[164] 1°) Il a peut-être voulu se réserver le bénéfice d'une double indemnisation puisqu'il en a le droit, et dans ce cas il conserve son recours ; mais cette modalité du contrat présente peu d'intérêt pratique à cause de la surprime qu'elle entraîne ;

2°) ou bien l'assuré a cherché à mettre à l'abri des poursuites de l'assureur certaines personnes qui ne sont pas protégées par le § 3. Dans ce cas, l'assuré n'a pas entendu se réserver de recours ; il a fait au profit du responsable une véritable stipulation pour autrui.

Si le contrat s'est expliqué clairement sur ce point, il n'y a pas de difficulté, et l'intention de l'assuré doit être respectée. Si au contraire la clause n'est pas suffisamment explicite, il faut l'interpréter en recourant à d'autres éléments du contrat. A cet effet, il semble que le meilleur indice soit fourni par l'étendue de la renonciation : à défaut d'indice contraire, la renonciation générale à l'égard de tout responsable quel qu'il soit, peut être interprétée comme stipulée au profit de l'assuré lui-même ; au contraire, celle qui ne s'applique qu'à l'égard de certaines personnes est généralement stipulée *intuitu personæ*, au profit de ces personnes.

[165] Nous sommes maintenant en mesure de résoudre la question précédemment réservée (1) de savoir si le consentement du responsable est nécessaire à la révocation de la renonciation. Si la renonciation a été stipulée au profit de l'assuré, elle est uniquement affaire entre assuré et assureur, et il n'y a aucune raison d'exiger le consentement du responsable. Au contraire, si la renonciation a été stipulée au profit de certaines personnes, elle constitue une stipulation pour autrui ; comme telle, elle est irrévocable dès le moment où elle a été acceptée par le bénéficiaire, ou du moins elle ne peut être révoquée qu'avec son consentement (2). Si la renonciation n'a pas été acceptée par le bénéficiaire, l'assuré stipulant peut révoquer l'avantage dont il l'avait ainsi gratifié, soit en res-

[164] (1) N° 153.

(2) RIPERT, *Traité élémentaire de Planiol*, t. II, n° 648 sqq. — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, n° 360. — AUBRY et RAU, t. IV, § 343 ter p. 528.

tituant à l'assureur le droit d'agir, soit en exerçant lui-même le recours. C'est une seconde série de cas dans lesquels l'assuré pourra exercer lui-même le recours.

En résumé, nous pouvons conclure sur ce premier point qu'en cas de renonciation de l'assureur à la subrogation, l'assuré peut exercer lui-même le recours, excepté si la renonciation a été stipulée au profit du responsable et acceptée par lui. Dans ce dernier cas, le recours en responsabilité se trouve éteint, comme s'il était intervenu une convention de non-responsabilité entre la victime et le responsable.

§ 2. — CAS DES EXCEPTIONS DE L'ARTICLE 36 § 3.

[166] Le même problème se pose, mais sous un angle différent, car nous ne sommes plus dans le domaine de la convention ; il s'agit ici de préciser les conséquences d'une disposition légale. Le problème est difficile, car il oppose deux idées aussi absolues l'une que l'autre, et à première vue inconciliables. D'une part, le but certain de l'art. 36 § 3 est d'empêcher l'assureur d'exercer un recours que l'assuré n'aurait pas voulu exercer contre ses proches ; dès lors il est tout à fait illogique et contraire à l'esprit du législateur de permettre à l'assuré d'exercer ce recours. Mais d'autre part on ne peut admettre que l'auteur du dommage se trouve à l'abri de tout recours et soit assuré à l'avance de l'impunité civile ; l'assuré peut fort bien dans certains cas avoir de légitimes raisons de vouloir que le responsable soit poursuivi.

Certains auteurs donnent la préférence à la première idée et se prononcent contre le recours de l'assuré (1) ; d'autres au contraire font prévaloir la seconde idée, et, tout en reconnaissant que leur solution contient une contradiction, ils admettent l'assuré à exercer le recours (2). La jurisprudence ne semble pas jusqu'à présent avoir eu à statuer sur la question. En réalité, les deux solutions sont excessives, et il faut s'efforcer de concilier les deux points de vue.

[167] Remarquons tout d'abord que, si l'assuré veut que le recours soit exercé, il faut lui reconnaître le droit, après le sinistre, de transmettre à l'assureur son recours contre les personnes désignées au § 3. Le caractère impératif précédemment reconnu à ce texte (1) empêche une telle subrogation lors du contrat, mais il n'en est pas de même après le sinistre. En effet, il s'agit d'éviter que l'assureur ne l'impose à l'assuré ;

[166] (1) En ce sens : MARRET, thèse p. 29. — GAUTHIER, thèse p. 131.

(2) En ce sens : PICARD et BESSON, *op. cit.* t. II, n° 316. — H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. III, n° 2738. — GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, *Code des assurances*, n° 724.

[167] (1) *Supra* n° 160.

or après le sinistre, l'assuré a droit à son indemnité sans condition de subrogation ; s'il consent la subrogation, c'est qu'il le veut bien.

D'autre part, supposons qu'en fait l'assuré intente un recours contre son proche parent ou son préposé responsable : on ne voit pas bien, il faut en convenir, par quel moyen juridique le responsable pourrait résister à cette action. Or ce qui choque dans le système qui maintient le recours au profit de l'assuré, c'est de le voir cumuler deux indemnités grâce au jeu du § 3 de l'art. 36 qui se trouve ainsi détourné de son but ; si l'assuré exerce le recours et en transmet ensuite le bénéfice à l'assureur, il n'y aura plus rien de choquant. On peut donc admettre l'assuré à exercer le recours contre le responsable, en donnant ensuite à l'assureur une action récursoire contre l'assuré pour récupérer les dommages-intérêts ainsi obtenus.

[168] Au fond, l'idée du § 3, c'est que, à l'égard des catégories de responsables énumérées, l'assuré doit rester seul juge du point de savoir si le recours en responsabilité sera ou non exercé, et les solutions proposées s'accordent avec cette idée. Grâce au caractère impératif, l'assureur ne peut influencer sur la décision de l'assuré. Si l'assuré estime que le recours doit être exercé, il peut l'être, mais seulement au profit de l'assureur ; par le fait même, la décision de l'assuré ne sera pas inspirée par la cupidité.

L'assuré peut, après le sinistre, transmettre son recours à l'assureur, ou bien l'exercer lui-même, mais alors l'assureur a un recours contre lui. Reste à déterminer la nature de ce recours. Il semble qu'il puisse se fonder sur l'enrichissement sans cause. En effet, l'assuré a réalisé un cumul d'indemnités que son contrat ne justifiait pas ; l'assureur a été privé de la subrogation qui lui revient normalement ; et tout cela en vertu de l'art. 36 § 3 qui n'est pas une juste cause, puisqu'il a été édicté dans un tout autre but.

SECTION II

POSSIBILITÉ D'UN RECOURS DE L'ASSUREUR DU DOMMAGE CONTRE L'ASSUREUR DU RESPONSABLE

[169] Ce problème semble se poser dans les mêmes termes pour les deux séries d'exceptions, mais il ne faut pas oublier que nous sommes d'un côté dans le domaine de la convention, de l'autre dans celui des prescriptions légales. D'autre part

cette possibilité d'un recours, qui primitivement n'avait pas suscité de difficultés, et qui n'a jamais été contestée en ce qui concerne la renonciation, vient d'être remise en question à propos des exceptions du § 3 par un arrêt récent de la Cour de cassation.

§ 1^{er}. — CAS DE RENONCIATION DE L'ASSUREUR.

L'assureur de dommages a renoncé à la subrogation contre le responsable ; cette renonciation peut-elle être invoquée par l'assureur de responsabilité de celui-ci ? Comme le notent à juste titre MM. Picard et Besson (1), il y a là surtout un problème d'interprétation de la volonté des parties. Les contractants sont libres d'adopter ou non une clause de renonciation ; par le fait même, ils peuvent en déterminer librement l'étendue. Si les termes du contrat sont suffisamment explicites sur ce point, il faut les appliquer : il en est ainsi par exemple dans la police-type incendie dont l'art. 22 § 3 se prononce en faveur du recours contre l'assureur de responsabilité.

[170] Si le contrat ne précise pas, il faut se demander quelle a été l'intention des parties. Tous les auteurs tombent d'accord pour admettre que la renonciation doit être considérée comme personnelle au responsable et ne s'étend pas à son assureur (1) ; ils invoquent tous le même argument : il n'y a pas de raison pour que l'assurance de responsabilité soit privée d'effet. Mais le raisonnement est bien simpliste, et, comme pour le précédent problème, la solution préconisée est uniforme alors qu'il faudrait distinguer ; il faut surtout s'attacher de plus près à l'intention des contractants.

La renonciation, comme nous l'avons vu (2), peut être stipulée dans l'intérêt du responsable ou dans l'intérêt de l'assuré lui-même. Si elle est stipulée dans l'intérêt du responsable, et c'est le cas le plus fréquent, la solution généralement admise correspond à l'intention des parties : l'assuré peut avoir des raisons de ménager certaines personnes, mais ces raisons ne valent pas à l'égard de leurs assureurs (3). Si au contraire l'assuré a stipulé la renonciation dans son propre intérêt, en vue de s'assurer une double indemnisation, il a entendu conserver son recours en toute hypothèse ; peu importe qu'il trouve

[169] (1) *Op. cit.* t. II, n° 317.

[171] (1) Voir notamment : CAPITANT, *op. cit.* R. g. a. t. 1930. 781. — LEPARGNEUR, *Traité de PLANIOL et RIPERT*, t. XI n° 1323. — GAUTHIER, thèse p. 132. — PICARD et Besson, *op. cit.* t. II, n° 317. — BESSON, note J. C. P. 1948. J. 4146 col. 3. — Note signée A. B., R. g. a. t. 1939. 483.

(2) N° 164.

(3) Note signée A. B., R. g. a. t. 1939. 483.

devant lui le responsable lui-même ou un assureur de responsabilité. La renonciation consentie par l'assureur de dommages a alors une portée absolue, et s'applique même à l'égard de l'assureur de responsabilité.

171] Avec la solution généralement admise, certains auteurs se sont émus de voir l'assureur encaisser une surprime, et malgré cela exercer le recours, et ils ont vu là un profit injustifié. C'est le cas notamment de M. Gauthier (1), qui en conclut que la surprime devrait être considérée comme payée sans cause, et restituée à l'assuré. Mais MM. Picard et Besson ont fait justice de cette objection (2) en remarquant que la surprime a pu être calculée en tenant compte seulement des recours contre des tiers non assurés, et qu'en tout cas elle correspond au moins pour partie à de tels recours ; le remboursement ne se justifierait pas, car cette surprime est le prix d'un risque que l'assureur a effectivement couru.

§ 2. — CAS DES EXCEPTIONS DE L'ARTICLE 36 § 3.

172] Le même problème se pose lorsque l'assureur se trouve privé de recours contre le responsable par le jeu de l'art. 36 § 3 ; peut-il néanmoins recourir contre l'assureur de responsabilité ? Jusqu'à une époque récente, auteurs et tribunaux s'accordaient pour admettre ce recours (1). Mais l'arrêt de la Chambre Civile du 28 octobre 1947 (2) est venu prendre le contrepied de cette solution en décidant que le recours n'est pas possible non plus contre l'assureur. Cet arrêt a fait l'objet de commentaires approfondis et divergents, qui se sont efforcés de préciser les arguments dans les deux sens : l'un des annotateurs en a présenté la défense (3), tandis qu'au contraire MM. H. et L. Mazeaud, et surtout M. Besson, le critiquaient sévèrement (4).

173] Dans le dédale des arguments invoqués de part et d'autre, il en est un qui se distingue des autres par sa simplicité : l'art. 36 § 3 a pour but d'empêcher l'assureur d'exercer un

171] (1) Thèse p. 132.

(2) *Traité général*, t. II n° 317.

172] (1) Trib. civ. Issoudun 9 février 1939, *Gaz. Pal.* 1939, 2, 168 (en sous-note) ; R. g. a. t. 1939, 481 note A. B. ; confirmé par Bourges 14 février 1940, R. g. a. t. 1940, 305 note A. B. — PICARD et BESSON, *op. cit.*, t. II, n° 315. — Notes signées A. B. précitées. — GAUTHIER, thèse p. 130-131. — H. et L. MAZEAUD, *Traité*, t. III, n° 2738 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1940, 599.

(2) (Cassant Bourges 14 février 1940 précité), D. 1948, J. 13 note P. L.-P. ; J. C. P. 1948, J. 4146 note BESSON ; *Gaz. Pal.* 1947, 2, 277 ; R. g. a. t. 1947, 384 note A. B.

(3) Note signée P. L.-P. précitée.

(4) H. et L. MAZEAUD, *Rev. trim.* 1948, 73. — BESSON, note J. C. P. 1948, J. 4146. Dans le même sens, note signée A. B., R. g. a. t. 1947, 384.

recours que l'assuré n'aurait pas voulu exercer contre son proche parent ou son préposé ; mais il est évident que l'assuré n'hésiterait pas un seul instant à recourir contre l'assureur de son parent ou de son préposé ; il n'y a donc aucune raison d'interdire ce recours à l'assureur et de rendre inefficace l'assurance de responsabilité. Autrefois d'ailleurs la discussion se limitait à cet argument qui apparaît comme la voix du bon sens. Dans le même sens on peut ajouter que le § 3 de l'art. 36 se présente comme une dérogation au principe général posé par le § 1^{er}, et que toute dérogation s'interprète restrictivement ; or le texte prohibe le recours contre les personnes énumérées, mais ne parle pas du recours contre leurs assureurs ; il faut en déduire qu'il n'est pas refusé à l'assureur du dommage.

[174] Mais la Cour suprême, et avec elle l'annotateur de l'arrêt au *Dalloz* (1), se sont attachés à une autre idée : pour avoir des droits contre l'assureur de responsabilité, il faut avoir des droits contre le responsable ; or, à défaut de la subrogation de l'art. 36 qui par hypothèse lui est refusée, l'assureur de dommages n'a aucun droit propre contre le responsable.

C'est un point de vue d'une logique trop abstraite, et MM. Besson et H. et L. Mazeaud se sont appliqués à le combattre. M. Besson invoque (2) la solution admise en matière de renonciation conventionnelle : il n'est pas contesté que l'assureur qui a renoncé au recours contre le responsable peut, au moins dans certains cas (3), agir contre l'assureur de responsabilité ; la solution n'est pas plus anormale ici. Et les adversaires de la Cour suprême la justifient par le mécanisme de l'action directe : pour recourir contre l'assureur de responsabilité, l'assureur de dommages n'a pas besoin d'invoquer les droits de la victime contre le responsable, ce que lui interdit l'art. 36 § 3 ; il lui suffit d'invoquer l'action directe que l'art. 53 de la loi de 1930 donne à la victime contre l'assureur de responsabilité (4), et cela n'est pas contraire à l'art. 36 § 3. L'action directe a une certaine autonomie qui la rend indépendante de l'action en responsabilité. L'obstacle dressé par la loi devant le recours de l'assureur est la personnalité du responsable ; le mécanisme de l'action directe est le pont qui permet de franchir cet obstacle.

[175] L'annotateur de l'arrêt au *Dalloz* ne s'en tient pas là et tente d'écarter cet emploi de l'action directe en faisant observer que la garantie de l'assureur de responsabilité est subor-

[174] (1) *Loc. cit.*

(2) Note J. C. P. 1948, J. 4146.

(3) Cf. *supra* n° 169-170.

(4) H. et L. MAZEAUD, *loc. cit.* — BESSON, note J. C. P. 1948, J. 4146.

donnée à une réclamation de la victime au responsable, et que par suite l'action directe nécessite au moins la mise en cause du responsable ; cette simple mise en cause violerait l'art. 36 § 3. C'est exagérer la portée de ce texte. Sans doute il faudra mettre en cause le responsable, mais sans réclamer aucune condamnation contre lui ; c'est tout ce que réclame l'art. 36 § 3. Et le même auteur conteste jusqu'au fondement même de l'action directe en l'hypothèse dont il s'agit : l'action directe est un privilège que la loi attribue à la victime ; l'assureur de la victime ne peut s'en prévaloir que s'il est subrogé dans ses droits, ce qui par hypothèse n'est pas le cas. C'est une pétition de principe, car la loi retire à l'assureur la subrogation dans les droits de la victime contre le responsable ; il s'agit précisément de savoir s'il en est nécessairement de même pour les droits contre l'assureur de responsabilité, et ce n'est pas évident.

[176] Enfin l'annotateur réclame que l'on considère les droits et intérêts respectifs des deux catégories d'assureurs en présence ; car le problème oppose un assureur de dommages et un assureur de responsabilité, et il s'agit de savoir lequel des deux doit supporter le sinistre. L'assureur de dommages garantit en tout état de cause la survenance du sinistre, tandis que l'assureur de responsabilité subordonne sa garantie à une réclamation de la victime ; d'autre part, au moins en ce qui concerne les assurances des propriétaires et locataires, la prime d'assurance-incendie est beaucoup plus élevée que celle du risque locatif, et la renonciation au recours contre le locataire est consentie en général sans surprime. Cet auteur en conclut que l'assurance de dommages est en quelque sorte principale, tandis que l'assurance de responsabilité ne serait qu'accessoire, et que le dommage doit rester à la charge du premier.

Mais ces arguments ne sont pas péremptoires, et dans le même ordre d'idées, nous préférons de beaucoup celui de M. Besson : la victime peut certainement, au lieu de réclamer la garantie de son propre assureur, exercer l'action directe contre l'assureur du responsable. Dans ce cas, il est évident que l'assureur de responsabilité n'aura aucun recours contre l'assureur de la victime. C'est la preuve que l'assureur de responsabilité doit supporter la charge définitive du sinistre, car on ne saurait admettre que cette charge puisse être attribuée de plusieurs façons au choix de la victime.

[177] En réalité, toute cette discussion a été embrouillée inutilement. Elle devient beaucoup plus simple si l'on veut bien considérer que les droits de l'assureur contre le responsable ne se trouvent pas annihilés dans les cas prévus au § 3, mais seulement paralysés. Ils gardent une existence virtuelle qui

leur permet de réparaître dès que les raisons qui faisaient obstacle à leur exercice viennent à disparaître. Nous avons déjà soutenu (1) qu'il en était ainsi lorsque l'assuré une fois indemnisé et en toute liberté estime qu'il y a lieu de poursuivre le responsable. Il en sera de même tout naturellement si le recours doit s'exercer non pas contre un parent ou un préposé de l'assuré, mais contre un assureur de responsabilité.

Ainsi disparaît l'objection essentielle qui a impressionné la Cour de cassation et l'auteur de la note du *Dalloz*, car leurs autres arguments ne sont que des justifications élaborées après coup : il n'y a plus rien d'étonnant à ce que l'assureur non subrogé contre le responsable puisse pourtant recourir contre l'assureur de ce dernier : et bien que ce soit plus avantageux, il n'est pas indispensable de recourir pour cela au subterfuge de l'action directe. Le recours de l'assureur peut s'exercer contre l'assureur du responsable comme si le responsable était une personne quelconque.

TITRE II

L'ARTICLE 55 ET LES ASSURANCES DE PERSONNES

L'étude de l'article 55 comprendra deux chapitres :

Chapitre 1^{er}. — Généralités.

Chapitre 2. — Quelques difficultés d'application.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

SECTION 1. — Antécédents historiques. — Dispositions des lois étrangères.

SECTION 2. — Justification du principe de l'art. 55.

SECTION PREMIÈRE

ANTÉCÉDENTS HISTORIQUES DISPOSITIONS DES LOIS ÉTRANGÈRES

[178] En abordant l'étude de l'art. 36 qui subroge l'assureur de dommages dans les droits de son assuré (1), nous avons remarqué que, loin d'être originale, cette disposition venait après toute une série de dispositions analogues des lois étrangères ; la quasi-unanimité des législations s'accorde pour attribuer à l'assureur de dommages le bénéfice de cette subrogation. La même unanimité ne se retrouve pas à propos des assurances de personnes : certaines législations admettent la subrogation, d'autres ne l'admettent pas. Mais ces divergences sont plus apparentes que réelles, et s'expliquent aisément par des considérations historiques. Il s'est produit en effet sur cette question une lente mais constante évolution, au cours de laquelle, il faut bien le dire, la France a toujours marqué un temps de retard.

[179] Les législations les plus anciennes sur le contrat d'assurance accordaient la subrogation pour toutes les assurances, sans aucune distinction ; en ce sens, on peut citer :

[178] (1) *Supra* n° 59-60.

le code de commerce hollandais de 1838, art. 284 ;
le code de commerce chilien de 1865, art. 553 ;
la loi belge du 11 juin 1874, art. 22 ;
le code de commerce italien de 1882, art. 438 ;
le code de commerce argentin de 1889, art. 525 ;
le code de commerce japonais de 1889, art. 415.

Mais à cette époque les assurances de personnes étaient à peine connues, et il serait exagéré de croire que les législateurs de ces pays aient voulu consacrer la subrogation de l'assureur de personnes : il est plus probable qu'ils ne s'étaient pas posé la question. .

[180] Pourtant, dès avant 1890, la distinction avait commencé à se faire jour, avec ses conséquences. Le code de commerce hongrois de 1876, art. 483, avait fait le premier pas dans la nouvelle voie en excluant la subrogation de l'assurance sur la vie, mais il l'admettait encore pour l'assurance-accidents. Et quelques années après, d'autres législations consacraient la solution qui devait marquer le terme de l'évolution et se maintenir jusqu'à nos jours : la subrogation est accordée à l'assureur de dommages et refusée à l'assureur de personnes ; il en est ainsi dans :

le code de commerce espagnol de 1885, art. 413 et 437 ;
le code de commerce roumain de 1887, art. 462 ;
le code de commerce portugais de 1888, art. 441 ;
le code de commerce mexicain de 1889, art. 423 et 447.

La solution nouvelle, qui distinguait les assurances de personnes des assurances de dommages pour exclure des premières la subrogation de l'assureur, allait bientôt s'étendre même à des pays comme l'Italie et la Belgique, où la législation plus ancienne ne distinguait pas : elle s'y introduisit par la voie prétorienne. En Belgique par exemple, l'art. 22 de la loi de 1874 figure au titre des assurances en général, et devrait, semble-t-il, s'appliquer à toutes les assurances. Mais très vite une controverse s'éleva sur son champ d'application (1), car à la lumière de certaines lois étrangères, on se rendait compte de la différence profonde qui sépare les assurances de dommages et de personnes. L'opinion finit par l'emporter d'après laquelle l'art. 22 n'était pas applicable aux assurances de personnes, et les commentaires récents présentent cette opinion comme fermement établie et indiscutée depuis longtemps (2).

[180] (1) Raymond VIENNE, *Le recours de l'assureur qui a payé le dommage contre le tiers auteur du sinistre*, Bull. des Ass. 1936. 560.

(2) David CYFER, *L'assureur ayant indemnisé la victime d'un accident peut-il agir contre le tiers responsable ?* Rev. gén. ass. resp. 1931. 732. -- LALOUX, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, n° 341.

Dans le même sens, trib. civ. Liège, 31 mai 1937, Rev. gén. ass. resp. 1937. 2475.

[181] En 1904, des projets de lois sur les assurances étaient à l'étude en Allemagne et en Suisse, et consacraient la même distinction (1). Ainsi au début du siècle, l'idée de refuser la subrogation à l'assureur de personnes avait déjà fait du chemin et apparaissait comme la solution de l'avenir. Pourtant le projet de loi français de 1904 s'attardait à la solution archaïque, et dans son article 26 prévoyait la subrogation pour toutes les assurances sans distinction, car il considère encore toute assurance comme un contrat d'indemnité.

A l'étranger, l'évolution se poursuit dans le sens de la distinction. La loi allemande du 30 mai 1908 rejette au moins implicitement la subrogation de l'assureur de personnes ; et la loi fédérale suisse du 2 avril 1908 dans son art. 96, consacrant la jurisprudence antérieure, est formelle dans le même sens (2). Plusieurs lois postérieures ont encore stipulé que dans l'assurance de personnes, les droits de l'assuré contre des tiers ne passent pas à l'assureur :

la loi suédoise du 8 avril 1927, art. 25 § 2 ;

la loi chinoise du 29 décembre 1929, art. 58 ;

la loi roumaine du 4 juillet 1930, art. 82,

et c'est aussi la solution admise depuis longtemps par le droit coutumier anglais (3).

[182] En France, le projet de 1904 n'avait pas abouti, et la question n'était toujours pas tranchée législativement. Les assureurs de dommages, faute d'être subrogés par la loi, stipulaient presque toujours une clause subrogatoire dont la validité n'était pas contestée. Mais cette clause était-elle valable aussi dans les contrats d'assurances de personnes ? l'arrêt de la Chambre Civile du 6 janvier 1914 qui condamnait définitivement le recours direct, admettait le principe de la subrogation conventionnelle. En fait, la clause était fréquente dans l'assurance individuelle contre les accidents, que pendant longtemps on a considérée plutôt comme une assurance de dommages, et la jurisprudence en admettait la validité (1). Par contre, il semble que la jurisprudence ait été défavorable à la subrogation conventionnelle de l'assureur sur la vie (2), mais les assureurs n'insistèrent pas. Ce recours ne les intéressait pas, peut-être parce que les morts violentes criminelles sont relativement rares, le coupable généralement sans fortune, et

[181] (1) COSMAO-DUMANOIR, note Pand. 1904. 2. 129.

(2) Note signée W. K., R. g. a. t. 1930. 986.

(3) Suzanne GRILLON, thèse pp. 80-81.

[182] (1) Caen 10 mai 1933, Gaz. Pal. 1933. 2. 435, R. g. a. t. 1933. 1117 note M. P. Voir toutefois en sens contraire : Montpellier 22 mai 1933. S. 1933. 2. 215 ; Gaz. Pal. 1933. 2. 433 ; R. g. a. t. 1933. 1115 note M. P. Mais la note constate que cet arrêt est exceptionnel.

(2) Voir sur ce point Rouen 15^e mars 1939. S. 1941. 2. 1 note DUPOND. — ANCEY et SICOT, *La loi sur le contrat d'assurance*, pp. 205-206.

tout recours contre lui illusoire ; il y a bien aussi les accidents d'automobile, mais ils étaient alors beaucoup plus rares que maintenant (3). En tout cas, la clause subrogatoire n'était pas usitée dans les assurances sur la vie.

Tel était l'état de la jurisprudence française sur la question avant la loi de 1930. M. Dupond (4) croit pouvoir y discerner une tendance à appliquer à l'assurance-accident la même solution qu'à l'assurance-vie. Cette unification devait être réalisée par le projet de 1925 devenu la loi du 13 juillet 1930, qui, à l'exemple des législations étrangères, écarte la subrogation de toutes les assurances de personnes. C'est l'objet de l'art. 55 qui s'exprime en ces termes :

« Dans l'assurance de personnes, l'assureur, après paiement de la somme assurée, ne peut être subrogé aux droits du contractant ou du bénéficiaire contre des tiers à raison du sinistre (5).

SECTION II

JUSTIFICATION DU PRINCIPE DE L'ARTICLE 55

[183] La solution consacrée par l'article 55 a été acceptée sans difficulté par la plupart des commentateurs, qui se contentent d'ailleurs de la justifier très sommairement. Pourtant deux auteurs, M. Savatier et M. Gauthier (1) ont pris nettement position contre la solution légale. La question se trouve donc posée du bien-fondé de l'article 55, et il faut l'examiner.

Ecartons d'abord un argument très mauvais qui a parfois été présenté en faveur de l'art. 55 (2). Dans les assurances de dommages, la somme payée par l'assureur, est forfaitaire, indépendante du dommage subi ; si le recours était admis, le tiers responsable devrait payer une indemnité égale à l'assurance, et qui pourrait être très supérieure au dommage. C'est là confondre la subrogation avec le recours personnel. Il s'agit de savoir si l'assureur doit ou non être subrogé, et la subrogation ne peut lui donner plus de droits que l'assuré n'en a lui-même.

(3) Pour d'autres explications, voir GAUTHIER, thèse pp. 149-151.

(4) Note précitée.

(5) Notons en terminant qu'une loi récente, le nouveau code civil italien du 16 mars 1942, semble marquer un recul dans cette évolution : elle refuse la subrogation à l'assureur sur la vie, mais l'accorde à l'assureur contre les accidents. L'art. 1916 sur la subrogation de l'assureur contient en effet un § 4 ainsi conçu : « Les dispositions de cet article s'appliquent aux assurances contre les accidents du travail et contre les accidents corporels. »

[183] (1) SAVATIER, note D. 1934. 1. 60 ; *Traité de la responsabilité civile*, tome II n° 578. — GAUTHIER, thèse pp. 166-169.

(2) ANCEY et SICOT, *op. cit.*, pp. 206-207. — GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.* n° 957.

[184] Quand on étudie les arguments présentés par les auteurs pour justifier l'opposition entre l'art. 36 et l'art. 55, on remarque qu'ils gravitent tous autour de l'idée suivante : au contraire de l'assurance de dommages, l'assurance de personnes n'est pas un contrat d'indemnité ; et à ce propos on rappelle les raisons et les conséquences du caractère non-indemnitaire. L'assurance de personnes ne suppose pas nécessairement un préjudice : même s'il existe, le préjudice ne peut être évalué, car la vie et les souffrances humaines sont inappréciables en argent. Par suite, le capital stipulé n'est pas la représentation du préjudice dont il reste toujours indépendant ; c'est une somme forfaitaire qui représente la contrepartie conventionnelle des primes. Le capital ainsi payé ne constitue pas une indemnité, mais une source d'enrichissement indépendante ; le cumul des indemnités est donc parfaitement légitime. Et il n'y a pas de raison de transférer à l'assureur les droits de l'assuré.

Telle est la justification que les auteurs donnent en général de l'art. 55, et il semble que ce soit celle du législateur lui-même. En effet, l'art. 54 pose le principe du caractère non-indemnitaire : « En matière d'assurance sur la vie (assurance en cas de décès et assurance en cas de vie), et d'assurance contre les accidents atteignant les personnes, les sommes assurées sont fixées par la police. » L'art. 55 placé immédiatement après se présente comme une conséquence de l'art. 54 ; et cette idée se trouve confirmée par l'exposé des motifs.

[185] Mais cette argumentation n'est pas à l'abri de toute critique. M. Gauthier (1) essaie de contester le caractère non-indemnitaire de l'assurance de personnes : la somme garantie ne représente pas exactement le dommage, mais d'après lui cela ne suffit pas pour exclure tout caractère indemnitaire. C'est oublier que l'existence même d'un préjudice n'est pas nécessaire. En réalité le point faible de l'argumentation est ailleurs.

Dans un chapitre précédent (2), à la lumière surtout de la thèse de M. Weens, nous avons cherché l'interprétation la plus rationnelle du principe indemnitaire, et constaté qu'il ne s'oppose pas au cumul des indemnités, comme on l'avait souvent prétendu : le cumul des indemnités est possible pour l'assurance de dommages comme pour l'assurance de personnes. Mais la possibilité du cumul ne signifie pas qu'il doive nécessairement avoir lieu. Or l'art. 36 le supprime pratiquement dans la plupart des cas en matière d'assurances de dommages, tandis que l'art. 55 le maintient intégralement en matière d'assurances de personnes. Cette différence reste à justifier.

[185] (1) Thèse pp. 166-167.

(2) N° 35-37.

[186] La clé du problème est ailleurs. Comme l'a fort bien montré M. Vitu (1), la subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré se fonde sur la volonté présumée des parties, et cette volonté se manifeste surtout par le mode de calcul des primes. Or dans les assurances de dommages, la prime est calculée en tenant compte de l'éventualité d'un recours ; ce que l'assureur garantit, ce n'est pas le risque du sinistre lui-même, mais le risque de ne pouvoir s'en faire indemniser. Il en est tout autrement dans les assurances de personnes : la prime est déterminée en fonction du capital assuré, et d'après les données mathématiques des tables de mortalité, sans prendre en considération l'éventualité d'un recours contre un tiers. L'exercice d'un tel recours par l'assureur détruirait l'équilibre du contrat, et constituerait pour l'assureur un bénéfice purement gratuit (2).

[187] Mais ici M. Savatier proteste (1) : si l'assureur de personnes calcule ses primes en tenant compte de tous les risques, y compris le fait d'un tiers responsable, c'est justement parce que la loi de 1930 l'oblige à le faire ; sans l'article 55, l'assureur pourrait être subrogé et les primes seraient plus faibles. Ainsi l'art. 55 aboutit pratiquement à augmenter les primes à la charge de tous les assurés pour procurer à certains d'entre eux le bénéfice d'une double indemnité.

L'argument de M. Savatier paraît impressionnant, mais il n'est pas décisif. Sans doute, même dans l'assurance de personnes, la subrogation ne se heurte à aucun obstacle de principe ; on pourrait fort bien concevoir un système différent du système légal, avec subrogation de l'assureur, et primes calculées en conséquence : la subrogation apparaîtrait alors comme un moyen d'égaliser les droits des assurés. Mais le système légal se justifie encore par des raisons pratiques.

[188] a) Dans l'action en responsabilité qui peut naître à la suite d'accident corporel ou de mort violente, il faut distinguer deux éléments : d'une part la réparation du préjudice matériel résultant de l'incapacité de travail, ou de la privation de leur soutien pour la veuve et les enfants du défunt ; et d'autre part la réparation du préjudice moral causé à la victime par ses souffrances ou à ses proches parents par leur deuil. Or si les droits à réparation du préjudice matériel peuvent être transmis à l'assureur aussi bien que ceux qui résultent d'un incendie par exemple, il n'en est pas de même des droits à réparation du préjudice moral : ceux-ci ont un caractère trop per-

[186] (1) Article précité, R. g. a. t. 1946. 254 note 37.

(2) SUMIEN, *op. cit.* n° 150.

[187] (1) Note D. 1934. 1. 60.

sonnel, et l'on n'admet pas qu'ils puissent passer à d'autres personnes que les héritiers de la victime (1). Si l'on admettait la subrogation de l'assureur de personnes, il faudrait donc distinguer ces deux éléments et limiter la subrogation à la réparation du préjudice matériel. C'est un point qui ne semble pas avoir été souligné et qui a pourtant son importance.

[189] *b)* L'existence d'un recours contre un tiers responsable est plus rare dans l'assurance de personnes que dans l'assurance de dommages : en matière d'assurance-vie surtout, les morts violentes sont relativement peu nombreuses. L'assureur, comme nous venons de le montrer, ne pourrait prétendre qu'à une partie de ce recours. La subrogation ne présenterait que peu d'utilité pour lui, et la réduction de prime qui pourrait être obtenue serait très faible en valeur absolue ; elle serait encore plus faible en pourcentage, si l'on remarque que les primes d'assurances de personnes sont beaucoup plus élevées que celles d'assurances de dommages.

Telles sont à notre avis les raisons pratiques suffisantes pour justifier le système que consacre l'art. 55 de la loi du 13 juillet 1930, et qui ne s'imposait pas théoriquement.

[188] (1) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.* t. II n° 1921.

CHAPITRE II

QUELQUES DIFFICULTÉS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 55

[190] Nous avons constaté précédemment (1) que l'art. 36 de la loi de 1930 a donné lieu à d'abondants commentaires, et soulevé de nombreuses controverses dont certaines ne sont pas encore closes. Quand on étudie l'art. 55, on est surpris de constater au contraire qu'il n'a soulevé à peu près aucune difficulté. C'est à peine si l'on trouve quelques décisions de jurisprudence qui aient appliqué ce texte ; et les commentaires des auteurs sont par le fait même très succincts. Quelques pages nous suffiront à nous aussi pour passer en revue les quelques questions qui se posent à propos de ce texte :

SECTION 1. — Domaine d'application de l'art. 55.

SECTION 2. — Caractère impératif.

SECTION 3. — Portée de la règle.

SECTION PREMIÈRE

DOMAINE D'APPLICATION DE L'ARTICLE 55

[191] La détermination des catégories d'assurances auxquelles s'applique l'art. 55 ressort de ce que nous avons dit précédemment à propos de l'art. 36 (1). Il faut d'abord exclure toutes les assurances qui, en vertu de l'art. 1^{er}, ne sont pas soumises à la loi du 13 juillet 1930, et en particulier les assurances contre les accidents du travail : on pourrait être tenté

[190] (1) Titre 1^{er}.

[191] (1) N^o 71-75.

de les assimiler aux assurances individuelles contre les accidents, mais elles se rapprochent plutôt des assurances de responsabilité, et sont soumises à un régime spécial. L'art. 55 s'applique aux assurances de personnes, c'est-à-dire aux assurances sur la vie et aux assurances individuelles contre les accidents. Et nous avons montré précédemment (2) que la garantie des frais médicaux et pharmaceutiques, qui est souvent incluse dans les assurances contre les accidents, doit en être disjointe, considérée comme une assurance de dommages, et soumise à l'art. 36.

[192] En ce qui concerne l'application de l'art. 55 dans le temps, il faut se reporter à l'art. 84 § 1^{er} (1) : l'art. 55 en effet rentre dans la catégorie des « dispositions portant prohibition de certaines clauses », puisqu'il interdit la clause subrogatoire (2). La loi du 13 juillet 1930 est entrée en vigueur le 13 janvier 1931. L'art. 55 s'applique à tous les contrats conclus depuis cette date; il ne s'applique pas aux contrats antérieurs et d'une durée inférieure à dix ans; quant aux contrats d'une durée supérieure à dix ans, ils sont censés renouvelés tous les dix ans et soumis à l'art. 55 depuis la première échéance décennale survenue après le 13 janvier 1931. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 5, la division en périodes décennales n'est pas applicable aux assurances sur la vie; mais pratiquement la question de l'application de l'art. 55 dans le temps ne s'est posée qu'à propos de la validité de clauses subrogatoires, et celles-ci étaient usitées dans les assurances contre les accidents, mais non dans les assurances sur la vie. Et la question est maintenant bien simple puisqu'en vertu de l'art. 84 § 1^{er}, l'art. 55 s'applique à toutes les assurances-accidents sans exception depuis le 13 janvier 1931.

Enfin, dans le cas qui ne semble pas s'être encore présenté, où l'art. 55 se trouverait en conflit avec une disposition d'une loi étrangère subrogeant l'assureur de personnes, les mêmes raisons qui nous ont guidé en matière d'assurances de dommages (3) nous conduiraient ici encore à donner la préférence à la loi de la conclusion du contrat, qui détermine une fois pour toutes les droits des contractants.

(2) N° 74.

[192] (1) Caen, 10 mai 1933, Gaz. Pal. 1933. 2. 435; R. g. a. t. 1933. 1117 note M. P. — Rouen, 15 mars 1939. S. 1941. 2. 1 note DUPOND. — PICARD et BESSON, *Traité général*, t. IV n° 5 *in fine*.

(2) Cf. *infra* n° 193-195

(3) N° 103.

SECTION II

CARACTÈRE IMPÉRATIF DE L'ARTICLE 55

[193] L'art. 55 de la loi de 1930 est un texte impératif. Cela résulte de façon certaine de l'art. 2, puisque l'art. 55 ne figure pas dans la liste des textes auxquels l'art. 2 enlève par exception le caractère impératif. D'autre part, le texte est conçu en termes formels : « l'assureur ne peut être subrogé ».

Ce point n'a d'ailleurs jamais été mis en doute. Mais la difficulté surgit lorsqu'il s'agit de préciser les exigences du caractère impératif. Il interdit évidemment une clause de subrogation conventionnelle. Mais les premiers commentateurs avaient pensé qu'il restait loisible aux assureurs de stipuler une clause de cession d'action (1). Ils faisaient remarquer que la loi ne parle que de la subrogation et pas de la cession de droits. Or sur tous les points où la loi est muette, le droit commun, c'est-à-dire la liberté des conventions, reprend son empire, et les parties peuvent fixer comme elles l'entendent les conditions du contrat ; les dommages-intérêts qui pourront être dus à l'assuré constituent pour lui une créance cessible comme toute autre créance. L'art. 55 précise d'ailleurs : « L'assureur, après paiement de la somme assurée, ne peut être subrogé... » ; il ne s'oppose donc pas à la cession d'action, puisque l'action cédée peut être intentée avant le paiement de l'indemnité d'assurance. Et les partisans de cette doctrine invoquent la jurisprudence antérieure à 1930 qui rejetait la subrogation légale ou conventionnelle et admettait la cession d'action.

[194] Cette doctrine s'appuie sur une analyse rigoureuse de la lettre du texte. On s'est vite rendu compte qu'elle était en réalité trop rigoureuse et contraire à l'esprit de la loi de 1930 : et les commentateurs plus récents ont à juste titre prohibé la cession d'action au même titre que la subrogation conventionnelle (1).

Le législateur a voulu qu'en matière d'assurances de personnes l'assuré conservât ses droits contre le responsable et bénéficiât du cumul des indemnités. Pour éviter que l'assureur

[193] (1) En ce sens : TRASBOT, *op. cit.*, D. 1931. 4. 29 col. 3. — GUYOT, *Lois nouvelles*, 1930. 464. — LEPARGNEUR, *Traité de PLANIOL et RIPERT*, t. XI n° 1324. — Suzanne GRILLON, thèse p. 132-134. — LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile* n° 206.

[194] (1) GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.* n° 960. — GAUTHIER, thèse pp. 163-165. — H. et L. MAZEAUD, *Traité*, t. III, n° 2698-7 et 2732. — DUPOND, note S. 1941. 2. 2 col. 1. — PICARD et BESSON, *op. cit.* t. IV n° 5 et 7.

ne lui fît échec par une clause du contrat, il a donné à l'art. 55 le caractère impératif. Dans la loi du 13 juillet 1930, nous avons eu déjà l'occasion de le préciser (2), le caractère impératif est destiné à protéger l'assuré et dirigé uniquement contre l'assureur : le contrat ne peut étendre les droits de l'assureur au-delà de ceux qui lui sont reconnus par la loi. Dans ces conditions, comment peut-on prétendre que le législateur ait voulu interdire la subrogation conventionnelle et autoriser la cession de droits beaucoup plus avantageuse pour l'assureur ? Si l'exercice du recours par l'assureur est interdit après le paiement, il doit l'être à bien plus forte raison avant le paiement. Si l'on admet la clause de cession d'action, le caractère impératif de l'art. 55 devient pratiquement lettre morte. L'intention du législateur ne peut donc laisser aucun doute : il a voulu interdire la transmission à l'assureur du recours de l'assuré, sous quelque forme que ce soit.

[195] L'erreur des premiers commentateurs a été d'attacher un sens aussi précis au terme de subrogation employé par l'art. 55, en la distinguant de la cession d'action. Sans doute, il n'y a pas identité entre cession d'action et subrogation, et les deux notions restent théoriquement bien distinctes. Mais il est certain que pratiquement, en matière d'assurance, il s'est produit entre elles une certaine confusion. Au point de vue historique, la cession est apparue pour suppléer à la subrogation que la jurisprudence n'admettait pas ; et pendant très longtemps on a utilisé une clause que l'on nommait clause subrogatoire, mais dans laquelle on s'accordait à voir une cession d'action. Le terme de subrogation employé par l'art. 55 doit donc être entendu dans un sens large, désignant d'une façon générale toute substitution de l'assureur à l'assuré. Aussi nous croyons pouvoir conclure que le caractère impératif de l'art. 55 ne laisse pas place à une clause de cession d'action.

[196] A l'étranger, les législations qui ont refusé la subrogation à l'assureur de personnes ont généralement prohibé les clauses contraires : il en est ainsi par exemple de l'art. 96 de la loi suisse sur le contrat d'assurance. Mais la clause subrogatoire reste possible dans certains pays où la loi ne tranche pas explicitement la question. Ainsi en Belgique l'art. 22 de la loi de 1874 subroge l'assureur dans les droits de l'assuré, et l'opinion a prévalu que ce texte était inapplicable aux assurances de personnes ; mais on admet que rien ne s'oppose à l'usage de la clause subrogatoire que l'on persiste à considérer comme une cession d'action soumise aux formalités de l'art. 1690 (1).

(2) N° 156-157.

[196] (1) David CYFER, article précité, *Rev. gén. ass. resp.* 1931, 732². — VIENNE article précité, *Bull. des Assur.* 1936. 570.

SECTION III

PORTÉE DE LA RÈGLE DE L'ARTICLE 55

[197] L'action en responsabilité contre l'auteur de l'accident, que le contrat ne peut transmettre à l'assureur de personnes, demeure à la disposition de l'assuré, comme si l'assurance n'existait pas ; il en résulte pratiquement la possibilité du cumul des indemnités.

Mais il faut bien remarquer que si l'art. 55 interdit toute clause de nature à transférer le recours à l'assureur, il n'impose pas la réalisation du cumul des indemnités ; l'assuré qui a contre un tiers des droits à dommages-intérêts peut en disposer comme il l'entend ; il n'est pas obligé de les exercer. Il a le droit de renoncer à son recours ou de le céder à titre gratuit ou onéreux. Il peut même, après la réalisation du sinistre, céder ses droits à son assureur. C'est ce que semblent décider la jurisprudence et la doctrine suisses (1), et la même solution devrait être adoptée en France. Ce que défend l'art. 55 de la loi française comme l'art. 96 de la loi suisse, c'est que la subrogation soit consentie dans le contrat et devienne par le fait même une condition du paiement du capital assuré. Mais après le sinistre, le bénéficiaire de l'assurance a droit au capital assuré sans condition de subrogation ; s'il subroge, c'est qu'il le veut bien, et il n'y a pas de raison de le lui interdire.

[198] Cette solution peut sembler contraire aux termes précis de l'art. 55 : « L'assureur, *après paiement* de la somme assurée, ne peut être subrogé. » En réalité, et malgré les apparences, les mots « après paiement » ne se rapportent pas au moment où la subrogation est consentie, mais au moment où elle doit avoir effet ; ils doivent s'interpréter comme s'il y avait « l'assureur ne peut être subrogé pour le temps où il aura payé ». Nous reconnaissons d'ailleurs que cette faculté reconnue au bénéficiaire de l'assurance est surtout théorique, car dans ces conditions, le bénéficiaire ne subrogera pas l'assureur.

[199] Mais il n'en est pas de même d'une clause qui tend à se répandre et qui appelle à notre avis les plus expresses réserves : il s'agit de la clause d'option. C'est une pratique des compagnies de transport aérien. Elles souscrivent auprès du même assureur deux contrats : l'un est destiné à couvrir leur

[197] (1) Cour d'appel du canton de Berne, 13 mars 1929, R. g. a. t. 1930. 984 et la note signée W. K.

VISCHER, article analysé dans R. g. a. t. 1933. 1020.

responsabilité de transporteur, l'autre est une assurance individuelle contre les accidents, au profit des voyageurs. Cette pratique a pour but de procurer aux voyageurs une garantie plus complète, couvrant même les accidents qui n'engageraient pas la responsabilité du transporteur. La victime ne peut cumuler le bénéfice des deux assurances, et une clause inscrite dans la police d'assurance individuelle prévoit que pour en bénéficier la victime devra renoncer à son recours contre la compagnie d'assurance en tant qu'assureur de responsabilité. Si l'accident met en jeu la responsabilité de la compagnie de transport, la victime peut à son choix invoquer cette responsabilité ou l'assurance individuelle conclue à son profit : d'où le nom de clause d'option.

Certains auteurs ont condamné cette clause comme contraire à l'art. 55 (1), mais MM. Picard et Besson ont entrepris de la justifier (2). Pour cela, ils font observer que l'assureur peut fort bien exclure de sa garantie les risques dus à la faute d'un tiers, garantir le cas où la responsabilité d'un tiers ne serait pas mise en jeu ; d'autre part, la loi interdit le recours de l'assureur, mais ne rend pas pour autant le cumul obligatoire. et l'assuré ou le bénéficiaire peut, après la réalisation du risque, renoncer à son recours.

[200] Tout cela est exact, et nous l'avions admis précédemment. Mais ce qui demeure contraire à l'art. 55, c'est de subordonner le bénéfice du contrat à cette renonciation. En effet la renonciation au recours en responsabilité équivaut ici à une subrogation de l'assureur-accidents, puisque, par suite de l'identité d'assureur, c'est lui qui doit en profiter. Or la subrogation de l'assureur de personnes prévue par le contrat comme condition de l'assurance, c'est justement ce que prohibe l'art. 55.

Et d'ailleurs dans la pratique, cette clause n'est pas sans danger. Elle est plus dangereuse que la subrogation du fait que la renonciation prévue doit être totale et non pas limitée au montant de l'assurance. La victime aura tendance à choisir le bénéfice de l'assurance individuelle parce que cette solution lui paraîtra plus simple et plus rapide : elle ne recherchera pas assez où est son intérêt, et elle le pourrait difficilement, car lorsqu'il s'agit de blessures corporelles, on ne peut mesurer dès le début toutes les conséquences d'un accident. Si la victime a renoncé à son action en responsabilité, et que plus tard son état se révèle beaucoup plus grave qu'on ne l'avait cru d'abord, elle ne pourra revenir sur sa renonciation.

[199] (1) GODARD et PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.* n° 960.

(2) PICARD et BESSON, *op. cit.* tome IV n° 7. — BESSON, note J. C. P. 1941. J. 1628. — Note signée A. B., R. g. a. t. 1940. 489.

Il faut donc protéger les victimes d'accidents d'aviation contre une renonciation qu'elles pourraient ainsi être portées à consentir à la légère, sans en mesurer toute la portée.

[201] Mais d'un autre côté, la pratique de la double assurance conclue par les compagnies de transport aérien est favorable aux victimes, et mérite d'être encouragée ; et il est certain qu'une telle pratique n'aurait pas de sens si elle devait aboutir au cumul des deux indemnités. Mais il est un autre moyen bien simple et plus exact d'empêcher le cumul : c'est de considérer l'assurance individuelle comme une libéralité destinée, dans l'esprit du souscripteur, à couvrir sa propre responsabilité ; le contrat pourrait le préciser explicitement (1). Ainsi le montant de cette assurance serait imputable sur l'indemnité de responsabilité ; et si cette dernière se révélait supérieure au capital de l'assurance individuelle, la victime conserverait le droit de réclamer le surplus.

[201] (1) Cf. *supra* n° 40 a).

HAYMANN, article paru dans *Schweizerische Versicherungszeitschrift*, janvier 1937, analysé dans R. g. a. t. 1937. 209.

TROISIEME PARTIE

SOLUTION DU PROBLÈME HORS DE LA LOI DU 13 JUILLET 1930

[202] Dans notre seconde partie, nous avons exposé les règles qui gouvernent la responsabilité de l'auteur du dommage avec les assurances régies par la loi du 13 juillet 1930. Il est d'autres assurances qui font l'objet d'une réglementation particulière : ce sont les assurances contre les accidents du travail, et le problème se pose aussi à leur sujet. Mais nous ne l'étudierons pas ici, car le droit des accidents du travail est régi par des principes tout à fait particuliers et nécessiterait une étude à part (1).

Remarquons seulement que ces assurances sont totalement différentes des assurances individuelles contre les accidents ; ce sont plutôt des assurances de la responsabilité du patron. Par suite, elles sont assimilées aux assurances de dommages, et l'assureur jouit d'un recours contre le tiers responsable de l'accident. Les assurances contre les accidents du travail sont d'ailleurs celles dont le régime est le plus instable, et leur réglementation est déjà à sa troisième étape. L'art. 7 de la loi du 9 avril 1898 permettait à l'employeur d'exercer le recours de la victime contre l'auteur de l'accident, et l'art. 16 substituait l'assureur au chef d'entreprise. La loi du 1^{er} juillet 1938 modifia ces textes : le patron n'exerçait plus l'action de la victime ou de ses ayants droit, mais une action personnelle. Mais

[202] (1) Voir notamment sur cette question :

GUERMEUR, *L'assurance contre les accidents du travail*, thèse Bordeaux, 1924, spécialement pp. 361-366. — Robert NORDEMANN, *De l'action contre le tiers responsable d'un accident du travail*, thèse Paris 1935, n° 65 à 79.

il y a lieu de faire les plus expresses réserves sur l'opinion de M. Lalou qui croit y voir la consécration d'un droit propre pour l'assureur (2) : au lieu de l'action de la victime, l'assureur dispose maintenant d'une action personnelle du patron, mais ce n'est toujours pas la sienne propre. La loi du 1^{er} juillet 1938 n'a donc pas porté atteinte aux principes dégagés antérieurement (3). Enfin le régime des assurances contre les accidents du travail a encore été modifié par l'ordonnance du 19 octobre 1945 (art. 54) et la loi du 30 octobre 1946.

[203] Cette troisième partie sera donc consacrée aux assurances qui ne font l'objet d'aucune réglementation particulière, au moins quant au recours de l'assureur, c'est-à-dire pratiquement :

1°) d'une part les assurances de transports s'effectuant par une autre voie que la voie terrestre : transports maritimes, fluviaux et aériens ;

2°) d'autre part l'assurance-crédit, de développement très récent, qui présente des caractères très particuliers, et tient à la fois, comme nous le verrons, de l'opération bancaire et du contrat d'assurance.

(2) *Traité pratique de la responsabilité civile* n° 212-213.

(3) N° 16-19.

TITRE PREMIER

LES ASSURANCES DE TRANSPORTS NON TERRESTRES

Il convient de ménager une place à part aux assurances maritimes qui sont de beaucoup les plus importantes, tout en observant qu'il n'en sera peut-être pas toujours ainsi, car le développement de l'aviation doit entraîner celui des assurances aériennes.

Chapitre 1^{er}. — Les assurances maritimes.

Chapitre 2. — Les autres assurances de transports.

CHAPITRE PREMIER

LES ASSURANCES MARITIMES

Une fois admis le principe d'un recours de l'assureur contre le tiers responsable du naufrage, ce recours pose deux séries de question : l'une d'ordre théorique, sa nature juridique, et l'autre d'ordre pratique, les modalités de son fonctionnement.

SECTION PREMIÈRE

EXISTENCE TRADITIONNELLE DU RECOURS

[204] L'assurance maritime remonte très loin dans le passé : elle est de beaucoup la plus ancienne, puisqu'on la trouve en France au xv^e siècle. Et dans l'ancien droit on a toujours admis que l'assureur, obligé de payer par suite d'un accident, est subrogé légalement contre l'auteur responsable de cet accident. C'est une tradition immémoriale et qui semble n'avoir jamais été contestée (1).

Cette solution était si solidement établie que les rédacteurs du code de commerce, traitant de l'assurance maritime (2), n'ont pas cru devoir la reproduire ; mais ce silence a été interprété comme confirmant la solution traditionnelle. L'avant-projet de révision du code élaboré en 1929 accordait expressément la subrogation à l'assureur maritime. D'ailleurs ce

[204] (1) Trib. comm. Marseille, 23 novembre 1860, *journ. de Marseille*, 1860. 1. 317. — Civ. 10 janvier 1923, D. 1924. 1. 176 ; S. 1924. 1. 257 note ROUSSEAU.

POTHIER, *Traité du contrat d'assurance*, n^o 52, 65 et 165. — J. V. CAUVET, *Traité des assurances maritimes*, tome 1^{er} n^o 319. — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome VI n^o 1311. — LYON-CAEN, notes S. 1886. 1. 273 et 1887. 1. 17.

(2) Livre II titre X.

droit de l'assureur n'est pas contesté dans la pratique : on trouve quelques décisions de jurisprudence sur les modalités d'application, mais sur le principe même du recours elles sont extrêmement rares. La clause subrogatoire est inutile et inconnue dans les assurances maritimes.

Et la même solution est très généralement admise à l'étranger. On peut citer par exemple pour l'Angleterre le *Marine Insurance Act* de 1906 dans son article 79.

SECTION II

NATURE DU RECOURS DE L'ASSUREUR MARITIME

[205] Si paradoxal que cela puisse paraître après ce que nous venons de dire, le problème de la nature juridique du recours de l'assureur maritime est relativement récent. Pendant des siècles en effet, on ne s'est pas posé la question : on admettait sans hésitation qu'il s'agissait d'une subrogation légale. Mais au XIX^e siècle, jurisprudence et doctrine refusèrent obstinément la subrogation légale aux assureurs terrestres. Dès lors la contradiction était flagrante, car la technique de toutes les assurances était la même, et une telle distinction ne se justifiait pas : il fallait accorder la subrogation légale à tous les assureurs ou à aucun. Pour éviter cette contradiction, on tenta de donner au recours de l'assureur maritime un autre fondement que la subrogation légale, et c'est ainsi que l'on embrouilla une question qui était auparavant très simple. Plusieurs théories ont été proposées.

[206] Certains auteurs, appliquant une théorie en honneur au XIX^e siècle, mais dont nous croyons avoir démontré l'erreur (1) ont soutenu l'existence d'un recours personnel de l'assureur fondé sur les articles 1382 et 1383 c. civ. (2). En général ces auteurs admettent le recours personnel concurremment avec une subrogation légale ou conventionnelle. Mais il en est des assurances maritimes comme de toute assurance : l'assureur ne fait qu'exécuter son contrat et fournir la contrepartie des primes qu'il a perçues ; il ne justifie pas d'un véritable préjudice dont il puisse demander réparation. Il faut donc rejeter le recours personnel.

[206] (1) N^o 16-19

(2) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. VI n^o 1312-1315. - BONNECASE, *Traité de droit commercial maritime*, n^o 755 bis. BOUSSEAT note S 1924, 1. 258.

207. D'autres auteurs, tout récemment encore, transposent dans le domaine des assurances maritimes la jurisprudence traditionnelle en matière d'assurances terrestres, d'après laquelle la clause subrogatoire insérée dans les polices devait être interprétée comme une cession d'action : la clause serait ici sous-entendue, mais devrait être interprétée de la même façon (1). Cette théorie se heurte aux mêmes objections qu'en matière terrestre. Elle conduit à des solutions exagérées, trop favorables à l'assureur : l'assureur peut agir avant d'avoir payé, et au-delà du montant de l'indemnité qu'il doit. Ou alors il faut, comme on a parfois tenté de le faire au moins pour les assurances terrestres (2), attribuer à cette cession les effets de la subrogation, mais c'est arbitraire et illogique.

208. D'autres auteurs encore admettent l'idée de subrogation mais demeurent hostiles à l'application de l'article 1251-3° : il s'agit, disent-ils, d'une subrogation conventionnelle tellement usuelle qu'elle est sous-entendue ; l'assuré indemnisé est traditionnellement censé transmettre ses droits à son assureur (1). Cette tendance semble celle de la Cour de cassation (2). Mais elle est divinatoire et artificielle : on ne peut sous-entendre ainsi en vertu d'un usage constant une clause qui en fait n'a jamais été exprimée, aussi loin qu'on remonte dans le passé.

[209] Enfin certains auteurs admettent qu'il s'agit simplement d'une application de l'art. 1251-3° c. civ. (1). Evidemment il n'en était pas ainsi à l'origine puisque le recours de l'assureur maritime existait plusieurs siècles avant l'art. 1251 : mais cela n'empêche pas de constater qu'il peut maintenant s'intégrer dans le cadre de ce texte. La seule objection invoquée contre cette opinion est l'objection traditionnelle : l'assureur paie sa dette personnelle, issue du contrat ; il n'est pas tenu « avec d'autres ou pour d'autres » (2). Mais, comme nous l'avons montré précédemment (3), il s'agit là d'une interprétation trop restrictive de l'art. 1251-3° : il suffit que le *solvens* ait payé une dette qu'il n'entend pas garder définitive-

[207] (1) En ce sens, ROUSSEAU, note précitée. — RIPERT, *Droit maritime*, t. III n° 2793. — H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité*, t. III n° 2732.

(2) N° 47.

[208] (1) En ce sens : LEPARGNEUR, *Traité de PLANIOL et RIPERT*, t. XI n° 1321. — Suzanne GRILLON, thèse p. 85. — SAVATIER, *Traité de la responsabilité*, t. II n° 577 et 582. — LALOU, *Traité pratique*, n° 209. — Note signée P. L.-P., D. C. 1944. J. 29 col. 2. — BESSON, note D. C. 1944. J. 81 col. 2.

(2) Civ. 10 janvier 1923, D. 1924. 1. 176 ; S. 1924. 1. 257 note ROUSSEAU.

[209] (1) CRÉMIEU, note S. 1910. 2. 57. — BONNECASE, *Droit comm. marit.* n° 755 bis. — DANJON, *Droit maritime*, t. V n° 1916. — HOUIN, note S. 1945. 1. 43. — VITRU, article précité, R. g. a. t. 1946. 254.

(2) RIPERT, *Droit maritime*, t. III n° 2793. — LEPARGNEUR, *Traité de droit civil de PLANIOL et RIPERT*, t. XI, p. 631 note 1.

(3) N° 54-57.

vement à sa charge. C'est bien le cas de l'assureur maritime. Nous admettrons donc que l'assureur maritime bénéficie d'une subrogation légale, qui rentre dans le cadre de l'art. 1251-3°.

Ainsi en est-il du moins en l'absence d'une clause spéciale de la police ; mais une clause stipulant une cession d'action serait valable. Une telle clause est prohibée implicitement dans les assurances terrestres par l'art. 36 qui interdit d'étendre les droits qu'il confère à l'assureur (4) ; mais dans les assurances maritimes rien ne s'y oppose.

SECTION III

EXERCICE DU RECOURS DE L'ASSUREUR MARITIME

Le recours de l'assureur maritime, qui s'appuie sur une tradition solidement établie, ne soulève pas de graves difficultés pratiques. Quelques points seulement méritent d'être signalés, soit parce qu'ils laissent subsister un doute, soit parce qu'ils présentent une particularité.

§ 1^{er}. — DOMAINE D'APPLICATION.

[210] La subrogation légale s'applique à toutes les assurances maritimes, c'est-à-dire à la fois à celles qui garantissent la valeur du navire, ou assurances sur corps, et à celles qui garantissent les marchandises transportées, ou assurances sur facultés.

La subrogation s'applique aussi quelle que soit l'importance du sinistre : elle s'applique en cas de sinistre partiel suivi d'un simple règlement par avaries, et en cas de sinistre majeur suivi de délaissement. Il y a délaissement lorsque l'assuré préfère abandonner à l'assureur ce qui reste de la chose assurée et recevoir toute l'indemnité prévue au contrat. Mais M. Gauthier donne pour ce dernier cas une explication inexacte du recours de l'assureur (1) : il explique que l'assureur devient ainsi propriétaire de la chose assurée avec tous les droits qui y sont attachés. Or, ce qui est en cause, ce ne sont pas des droits réels, attachés à la chose, mais des droits purement personnels, qui se transmettent par subrogation, comme dans le cas de règlement par avaries.

[211] La subrogation transmet évidemment à l'assureur les actions en responsabilité : en cas d'abordage fautif, il peut

(4) N° 156-157.

[210] (1) Thèse pp. 33-34.

recourir contre l'auteur de l'abordage ; s'il s'agit d'un sinistre résultant de la faute du capitaine, le recours s'exercera contre le capitaine, et par contre-coup, contre le propriétaire du navire considéré comme son commettant. Mais, à la différence de la subrogation de l'assureur de dommages terrestres, que l'art. 36 de la loi de 1930 limite strictement à l'action en responsabilité, à l'exclusion par exemple d'une action en revendication (1), la subrogation de l'assureur maritime déborde le cadre de la responsabilité : l'assureur peut exercer toute action appartenant à l'assuré par suite du sinistre, quelle qu'en soit la nature juridique, et en particulier le recours en contribution d'avarie commune. Lorsque, devant le danger d'un naufrage, le capitaine jette volontairement à la mer une partie de la cargaison pour sauver le reste, les expéditeurs dont les marchandises ont été ainsi sacrifiées pour le salut commun ont un recours contre les autres en vue d'une répartition équitable des pertes : c'est ce qu'on appelle le recours en contribution d'avarie commune, et l'on admet que l'assureur peut l'exercer à la place de son assuré (2).

[212] Danjon précise (1) que l'exclusion du recours contre les parents et préposés de l'assuré, qui résulte en matière terrestre de l'art. 36 § 3 de la loi de 1930, n'est pas applicable en matière maritime, car elle ne découle pas suffisamment des principes et ne peut résulter que d'un texte précis. La remarque est exacte, mais elle présente peu d'intérêt pratique, car le cas doit être bien rare.

Enfin le problème du conflit des lois n'est guère susceptible non plus de se présenter ici. Sans doute les transports maritimes sont de nature à entraîner de nombreux rapports juridiques internationaux ; mais la subrogation de l'assureur maritime est très généralement admise par les législations étrangères. Si d'aventure la législation française se trouvait en conflit avec une législation ne l'admettant pas, il faudrait appliquer la loi du contrat, et non pas celle du lieu du paiement du contrat (2).

§ 2. — FONCTIONNEMENT DE LA SUBROGATION.

[213] Comme la subrogation de l'assureur terrestre, celle de l'assureur maritime n'est soumise qu'à une seule condition de fond : le paiement préalable de l'indemnité d'assurance. Elle l'est, parce que l'existence de la subrogation est un élément

[211] (1) Cf. n° 80.

(2) En ce sens : BONNECASE, *Traité de droit comm. maritime* n° 755 bis. — VERMOND, *Manuel de droit maritime*, n° 234.

[212] (1) *Traité de droit maritime*, tome V n° 1918.

(2) Cf. *supra* n° 103.

se produit de plein droit, par le fait même de ce paiement, sans qu'il soit besoin d'une quittance subrogatoire. Et puisqu'il s'agit d'une véritable subrogation et non pas d'une cession d'action, elle est opposable aux tiers sans avoir besoin d'être signifiée. Toutefois, comme nous l'avons dit de l'assureur terrestre, et pour les mêmes raisons (1), l'assureur maritime a intérêt pratiquement à avertir le tiers de la subrogation en une forme quelconque, pour éviter de se voir ensuite opposer un paiement fait de bonne foi à l'assuré.

214] L'assureur est subrogé jusqu'à concurrence de la somme qu'il a effectivement payée. D'une façon générale, il bénéficie dans son recours des mêmes prérogatives et peut se voir opposer les mêmes exceptions que l'assuré lui-même (1).

Si l'indemnité d'assurance est inférieure au dommage subi, l'assuré garde son recours pour le surplus. Il se trouve alors en concours avec son assureur. Si le tiers responsable est insolvable, ou bien s'il a assuré sa responsabilité, mais pour une somme insuffisante, comment faudra-t-il régler le concours entre assureur et assuré ? MM. H. et L. Mazeaud préconisent ici une solution différente de celle admise pour les assurances terrestres (2). Leur doctrine est la suivante : en matière d'assurances terrestres, il y a subrogation, il faut appliquer l'article 1252 du code civil, et l'assuré subrogeant a un droit de préférence sur son assureur subrogé ; en matière d'assurances maritimes, il n'y a pas subrogation mais cession d'action, par suite l'article 1252 est inapplicable, et le concours doit se faire au marc le franc.

Nous avons déjà rejeté l'idée d'après laquelle le recours de l'assureur maritime repose sur une cession d'action (3) : nous rejeterons donc ce système qui en est la conséquence. Il y a véritable subrogation, et il faut, comme pour les assurances terrestres, appliquer l'art. 1252. Cela ne nous empêche pas de maintenir les réserves que nous avons faites *de lege ferenda* à propos de ce texte (4). La solution est regrettable, mais le texte existe et il doit s'appliquer. L'assuré bénéficie d'un droit de préférence sur l'assureur.

212. (1) Cf. n° 111.

(214) (1) Pour plus de précisions sur ce point, se reporter à ce qui a été dit pour les assurances terrestres *supra* n° 116 à 127, car les solutions dégagées résultent non pas de l'art. 36, mais des principes généraux, et sont par suite applicables en matière maritime.

(2) *Traité de la responsabilité*, t. III, n° 2698-8 et 2733-3.

(3) *Supra* n° 207.

(4) N° 132-135.

§ 3. — PERTE DU RECOURS PAR L'ASSURÉ.

[215] Il n'existe pas en droit maritime de texte analogue au § 2 de l'art. 36 de la loi de 1930 portant décharge de l'assureur au cas où la subrogation est rendue impossible par la faute de l'assuré ; mais l'existence d'une règle analogue a toujours été admise. L'assuré a l'obligation de ne pas compromettre l'exercice de ses droits, et de faire tout ce qui est nécessaire pour en assurer la conservation. Cette obligation est stipulée formellement par les polices-types : par l'art. 26 § 2 de la police sur corps, et l'art. 18 § 3 de la police sur facultés. Ce n'est d'ailleurs qu'un aspect d'une obligation plus générale qui pèse sur l'assuré : il doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour atténuer les effets du sinistre. Il en est ainsi à la fois dans l'ordre matériel et dans l'ordre juridique : dans l'ordre matériel, l'art. 381 du code de commerce oblige l'assuré à travailler au sauvetage des marchandises naufragées ; dans l'ordre juridique, il doit veiller à la conservation de ses recours en indemnité. Pratiquement, il s'agit surtout de faire en temps utile les protestations exigées par l'art. 435 c. comm., pour éviter le jeu de la fin de non-recevoir prévue par ce texte.

[216] Mais si tous les auteurs sont d'accord pour admettre l'existence de cette obligation, il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de déterminer quelle en est la sanction (1). On a parfois prétendu faire application ici de l'art. 2037 c. civ. : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. » L'assurance serait un contrat de garantie assimilable au cautionnement : par suite, la perte des recours par la faute de l'assuré entraînerait sa déchéance (2).

[217] Mais cette opinion a fait l'objet de sérieuses critiques (1). M. Ripert a fait observer que l'art. 381 c. comm. qui oblige l'assuré à aider au sauvetage, ne prononce pas la déchéance comme sanction ; or les deux hypothèses sont identiques. Surtout, l'erreur essentielle consiste à assimiler l'assurance à un cautionnement ; entre les deux contrats, on peut tout au plus parler d'une lointaine analogie. Cette question de la comparaison entre assurance et cautionnement a été très souvent débattue (2) : les adversaires de l'assimilation font

[216] (1) Voir sur ce point : LYON-CAEN, note S. 1887. 1. 18 ; *Examen doctrinal*, Rev. crit. 1887. 628. — RIPERT, *Droit maritime*, t. III n° 2480 et 2794. — H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, tome III n° 2734.

(2) J. V. CAUVET, *Traité des assurances maritimes*, t. 1^{er} pp. 334 sqq

[217] (1) LYON-CAEN, RIPERT, H. et L. MAZEAUD, *loc. cit.*

(2) LYON-CAEN, Rev. crit. 1887. 629. — Note signée P. L.-P., D. C. 1944. J. 39

observer que le cautionnement est un contrat accessoire et à titre gratuit, alors que l'assurance est un contrat principal et à titre onéreux ; mais les partisans assurent que ces caractères ne sont pas inhérents à la nature du cautionnement, ni indispensables. En général on ne fait pas ressortir la différence qui est à notre avis essentielle et irréductible : le cautionnement est fait dans l'intérêt du débiteur, et l'assurance dans l'intérêt de l'assuré créancier. Les deux points de vue sont donc totalement différents.

Enfin l'art. 2037 édicte une déchéance, et toute déchéance doit être interprétée strictement. On ne peut donc se fonder sur une analogie aussi lointaine pour l'étendre au bénéfice de l'assureur.

La sanction de la perte des recours par l'assuré n'est donc pas en principe la déchéance. Toutefois il faut réserver le cas d'une clause expresse de déchéance. A la différence de la solution admise pour les assurances terrestres, une telle clause serait licite, car aucun texte ne l'interdit. En fait elle n'existe pas dans les polices-types.

[218] La sanction normale doit être cherchée dans le droit commun. L'obligation pour l'assuré de conserver ses recours résulte de son contrat ; s'il ne l'exécute pas, il engage sa responsabilité contractuelle (1). La sanction sera donc une action contractuelle en dommages-intérêts. Cette responsabilité suppose évidemment un préjudice, qui en est à la fois la condition et la mesure. L'assuré s'engage seulement à ne pas laisser perdre le recours, mais il n'en garantit pas le résultat. Si l'assuré prouve que le recours aurait été inefficace, le préjudice dont se plaint l'assureur n'existe pas ; il n'a rien à réclamer ; mais c'est à l'assuré de faire cette preuve pour combattre la preuve faite par l'assureur de la perte du recours.

Pour évaluer le préjudice subi par l'assureur, il faut donc rechercher quelle somme le recours aurait pu produire effectivement. Cette somme détermine le montant des dommages-intérêts contractuels dus par l'assuré. Si l'assureur n'a pas encore payé, les tribunaux opèrent la compensation entre les deux dettes, et il en résulte décharge totale ou partielle de l'assureur. C'est cette compensation qui donne l'illusion d'une déchéance, mais l'explication technique est tout autre.

[219] Cette solution est d'ailleurs beaucoup plus équitable que la déchéance qui ne tient aucun compte de l'idée de préjudice et serait totale dans tous les cas. D'après M. Ripert, cette solution ne serait possible qu'à condition de considérer le recours

[218] (1) En ce sens : LYON-CAEN, RIPERT, MAZEAUD, *op. et loc. cit.*

de l'assureur comme résultant d'une cession de droits, et l'idée de subrogation entraînerait celle de déchéance (1). Nous ne croyons pas devoir nous arrêter à cette objection, car les deux problèmes sont indépendants : quel que soit le procédé juridique de transmission du recours de l'assuré à l'assureur, l'assuré a l'obligation contractuelle de conserver son recours ; s'il manque à son obligation, il est responsable. Nous rejoignons ainsi l'interprétation donnée précédemment de l'art. 36 § 2 de la loi de 1930 (2).

§ 4. — CARACTÈRE SUPPLÉTIF.

[220] Nous avons ainsi examiné les quelques problèmes que soulève la subrogation de l'assureur maritime, et nous avons eu l'occasion de constater de nombreux points de ressemblance avec la subrogation de l'assureur terrestre. Il importe de souligner aussi la différence essentielle qui les sépare. L'art. 36 de la loi de 1930 assigne aux droits de l'assureur terrestre des limites de caractère impératif. Au contraire, en matière d'assurances maritimes, la liberté des contractants reste entière ; le régime que nous avons décrit est celui qui doit s'appliquer en l'absence de précisions dans la police, mais toutes clauses dérogatoires sont possibles.

Cette liberté ne présente pas d'inconvénient grave. Les assurances terrestres mettent en présence deux contractants de situation économique très inégale : l'assureur est une grande compagnie, et l'assuré n'est le plus souvent qu'un simple particulier ; il faut éviter que le plus faible subisse la loi du plus fort. Le même danger n'existe pas en matière maritime, car l'assuré est en général une grande entreprise commerciale, qui peut traiter d'égal à égal avec l'assureur. D'ailleurs en pratique on n'a jamais éprouvé le besoin d'une réglementation.

[219] (1) *Droit maritime*, tome III n° 2794.

(2) N° 143-144.

CHAPITRE II

AUTRES ASSURANCES DE TRANSPORTS

SECTION 1. — Les assurances fluviales.

SECTION 2. — Les assurances aériennes.

SECTION PREMIÈRE

LES ASSURANCES FLUVIALES

[221] Les travaux doctrinaux sur les assurances fluviales sont extrêmement rares (1), sans doute parce que l'importance pratique de ces assurances est très faible. Recherchons néanmoins en ce qui les concerne la solution du problème que nous nous sommes posé.

Nous ne trouverons pas ici de texte analogue à l'art. 36 de la loi sur les assurances terrestres : pas non plus de tradition immémoriale en faveur de la subrogation, comme en matière maritime. En général, les polices contiennent une clause de subrogation conventionnelle, analogue à celle des polices d'assurances terrestres avant 1930. Mais si cette clause n'a pas été stipulée, l'assureur peut-il se dire subrogé ? MM. Henri et Léon Mazeaud estiment que la clause est nécessaire (2). Mais cette opinion se trouve condamnée par l'arrêt de la Chambre Civile du 14 décembre 1943 (3) et la doctrine qu'il implique relativement à l'art. 1251-3° du code civil (4). En l'absence de clause subrogatoire, il ne suffit pas, pour écarter la subrogation légale, de dire que l'assureur paie sa propre dette :

[221] (1) BERNARDIN et BÉRARD, *Traité de droit fluvial français* pp. 157 à 201.

(2) *Traité de la responsabilité*, tome III n° 2732.

(3) D. 1944. J. 81 note BESSON ; S. 1945. 1. 41 note HOUIN ; J. C. P. 1944. J. 2552 note RAYMOND MICHEL ; R. g. a. t. 1944. 63 note M. P.

(4) N° 51-57.

il faut « indiquer les raisons de fait ou de droit qui s'opposent à ce que l'assureur bénéficie de la subrogation », c'est-à-dire pratiquement prouver que la charge du sinistre devait incomber définitivement à l'assureur. Ce sont ces principes qu'il faut appliquer ici : l'assureur est subrogé légalement, à moins de preuve contraire.

[222] La solution ressemble à celle du droit maritime, sans pour cela être identique. En matière maritime, où la subrogation de l'assureur repose sur une très forte tradition, l'absence de subrogation ne peut résulter que d'une clause formelle. En droit fluvial, elle résultera de tout fait de nature à prouver que l'assureur a entendu assumer la charge définitive du sinistre.

Habituellement la question est tranchée par une clause subrogatoire insérée dans la police. MM. H. et L. Mazeaud persistent à analyser cette clause comme une cession d'action (1), et ils en déduisent en particulier que l'art. 1252 est inapplicable : l'assureur fluvial aurait le droit de concourir au marc le franc avec son assuré. Mais nous rejetterons cette idée ici comme pour les autres assurances. Dans l'assurance fluviale, rien ne vient entraver la liberté des contractants, qui peuvent s'ils le veulent stipuler une cession d'action. Mais s'ils stipulent une subrogation, il y a subrogation, puisqu'à notre avis, celle-ci est parfaitement compatible avec le contrat d'assurance.

SECTION II

LES ASSURANCES AÉRIENNES

[223] Le développement de l'aviation, avec les risques très lourds qu'elle comporte, devait naturellement ouvrir à l'assurance un vaste champ d'action (1). Les assurances contractées en vue de couvrir des risques résultant de la navigation des aéronefs sont d'ailleurs très variées :

1°) il y a d'abord l'assurance des dommages causés aux tiers à la surface : c'est une assurance de responsabilité ;

2°) les compagnies de navigation aérienne assurent aussi leur responsabilité de transporteurs, relativement aux voyageurs victimes d'accidents corporels, et aux marchandises perdues ou détériorées : c'est encore une assurance de responsabilité ;

[222] (1) *Loc. cit.*

[223] (1) Sur les assurances aériennes, voir : René BLUM, *Les assurances aériennes*, thèse Paris 1930. — LEMOINE, *Traité de droit aérien*, n° 975 à 1218.

3°) conjointement à cette assurance de responsabilité pour les dommages corporels atteignant les voyageurs, les compagnies concluent souvent auprès du même assureur et au profit des mêmes voyageurs, des polices d'assurance individuelle contre les accidents. Le voyageur accidenté ne peut cumuler le bénéfice de cette assurance avec l'indemnité de responsabilité ; il doit choisir (2). Ces assurances individuelles sont des assurances de personnes ;

4°) le propriétaire de l'aéronef contracte une assurance sur corps qui doit, le cas échéant, l'indemniser de la perte de son aéronef. C'est une assurance de chose ;

5°) enfin l'expéditeur de marchandises les assure contre les risques du transport par une police sur facultés : c'est aussi une assurance de choses.

Les trois premières catégories de contrats doivent être assimilées aux autres assurances de responsabilité ou de personnes, et par suite elles sont régies par la loi de 1930, en particulier par les art. 36 et 55. On ne doit considérer comme spécifiquement aériennes que les assurances de choses soumises aux risques de la navigation aérienne : aéronefs et marchandises ; à elles seules par conséquent nous réserverons la dénomination d'assurances aériennes.

[224] Nous les plaçons ici dans une troisième partie consacrée aux assurances non soumises à la loi de 1930. Certains auteurs n'admettent pas cette idée et soutiennent au contraire que la loi de 1930 est applicable aux assurances aériennes (1). Nous avons eu précédemment l'occasion de justifier notre position (2).

Les assurances aériennes ne sont donc l'objet d'aucune disposition législative particulière, et pour savoir si l'assureur est subrogé dans les droits de l'assuré, il faut appliquer le droit commun. En général les polices contiennent une clause subrogatoire (3). Mais en l'absence d'une telle clause, l'assureur n'est pas pour autant privé de la subrogation : il peut invoquer l'art. 1251-3°, à moins qu'il ne soit prouvé que l'assureur a entendu prendre le risque à sa charge à titre définitif. Cette subrogation est celle du droit commun : elle est soumise aux mêmes règles et confère à l'assureur les mêmes avantages. Elle implique l'obligation pour l'assuré de ne pas compromettre l'exercice de ses droits : s'il laisse perdre son recours par sa

(2) Sur la validité de cette clause d'option, voir n° 199-201.

[224] (1) Pour l'applicabilité de la loi de 1930, LERMOINE, *Traité de droit aérien*, n° 1008 sqq.

En sens contraire, PICARD et BESSON, *Traité des ass. terr.*, tome 1^{er} n° 190.

(2) N° 72.

(3) Voir les textes cités par René BLUM, thèse précitée, annexes, notamment pp. 378, 399 et 406.

faute, il encourt une responsabilité qui peut entraîner la décharge totale ou partielle de l'assureur.

Comme pour les assurances maritimes et fluviales, la liberté des contractants est entière. Ils peuvent apporter à ce régime toutes les modifications qu'ils jugent utiles pour restreindre ou accroître les droits de l'assureur, et en particulier substituer à la subrogation une cession d'action.

TITRE II

L'ASSURANCE-CRÉDIT

[225] Il nous reste à envisager le cas d'une assurance de création récente et de caractère tout à fait particulier : l'assurance-crédit. On a imaginé d'utiliser la technique de l'assurance pour couvrir les risques du crédit commercial : l'assureur s'engage à payer lui-même en cas de défaillance du débiteur. C'est l'assurance-crédit, qui est de nature à jouer un rôle économique important en favorisant le crédit indispensable au commerce. Aussi elle a rencontré la faveur de la pratique et connu un rapide essor.

Le terme d'assurance-crédit n'a d'ailleurs pas une signification juridique précise ; il recouvre des opérations variées, que l'on peut ranger autour de deux types essentiels :

1°) l'assureur peut couvrir le risque de l'insolvabilité définitive du débiteur. La réalisation du risque suppose alors que toutes les voies de droit ont été épuisées ; l'assureur dédommage l'assuré de la différence entre le montant de sa créance et la somme qui a pu être obtenue du débiteur. C'est l'assurance-crédit proprement dite, mais c'est la moins usuelle ; pour la distinguer de la suivante, on l'appelle encore assurance-insolvabilité ;

2°) l'assureur peut garantir le simple risque de non-paiement d'un effet de commerce à l'échéance : le risque est alors réalisé par la rédaction du protêt faute de paiement. L'assureur paie lui-même la traite au tiers porteur. C'est l'assurance-aval ou assurance-caution.

[226] A cause de la nature du risque qu'elle couvre, l'assurance-crédit suppose une technique particulière. Aussi, alors que la plupart des grandes compagnies assurent indistinctement toutes sortes de risques, l'assurance-crédit est pratiquée par des compagnies spécialisées et très peu nombreuses. Ce

caractère très particulier marque aussi la façon dont se pose le problème qui nous occupe. L'auteur de la réalisation du risque, c'est le débiteur qui ne paie pas ; et il existe nécessairement : on ne peut concevoir ici la réalisation du risque par la force majeure. D'autre part, le recours dont il peut de ce fait être l'objet n'est pas un recours en responsabilité, mais le recours dont se trouve assortie la dette impayée. Il s'agit donc de savoir si ce recours passe à l'assureur qui paie à la place du débiteur défaillant.

La loi du 13 juillet 1930 dans son art. 1^{er} § 4 exclut l'assurance-crédit de son champ d'application : « Les opérations qualifiées d'assurance-crédit ne sont pas régies par la présente loi. » Cette décision s'explique d'une part parce que l'assurance-crédit n'avait alors que quelques années d'existence, et d'autre part, parce qu'elle se différencie profondément des autres assurances : il aurait fallu lui réserver une partie spéciale de la loi, mais la technique n'en était pas encore établie avec assez de précision pour cela. Demogue a cependant soutenu qu'il fallait appliquer à l'assurance-crédit l'article 36 relatif à la subrogation de l'assureur (1) ; mais le texte de l'art. 1^{er} § 4 est formel, et cette opinion ne peut être retenue. D'ailleurs on ne voit pas bien quelle pourrait être ici l'utilité de l'art. 36 qui ne vise que le recours en responsabilité. C'est donc en dehors de la loi de 1930, dans les principes généraux, qu'il faut chercher la solution du problème. Celui-ci ne se présente d'ailleurs pas sous le même angle dans l'assurance-insolvabilité et dans l'assurance-aval.

[226] (1) Rev. trim. dr. civ. 1936. 705.

CHAPITRE PREMIER

SOLUTION DU PROBLÈME EN MATIÈRE D'ASSURANCE-INSOLVABILITÉ

[227] Le problème que nous envisageons peut sembler à première vue dépourvu d'intérêt pratique en matière d'assurance-insolvabilité, puisque le risque garanti est celui de l'insolvabilité définitive. Par hypothèse toutes les voies de droit sont épuisées, et la créance est irrecevable. D'après l'adage ancien, « là où il n'y a rien, le roi lui-même perd ses droits ». L'assureur n'a donc rien à espérer du débiteur.

On s'est parfois contenté de cette observation pour déclarer que l'assureur n'est jamais subrogé (1). C'est un point de vue trop étroit : il faut envisager l'hypothèse où le débiteur actuellement insolvable reviendrait par la suite à meilleure fortune. Alors l'assureur prétendra exercer le recours de son assuré pour se faire rembourser par le débiteur la somme qu'il a dû payer à sa place. Il est évident que ce droit pourrait lui être conféré dans la police par une clause de subrogation conventionnelle ou de cession de droits.

[228] Mais une telle clause est-elle nécessaire ? L'assureur ne dispose-t-il pas de la subrogation légale ? Certains auteurs l'ont nié (1), mais il semble bien que ce soit à tort. Sans doute, comme le remarque M. Gauthier, l'assureur d'insolvabilité ne peut invoquer l'art. 2029, car malgré des analogies incontestables, il ne peut être assimilé à une caution. Mais il y a l'art. 1251-3° ; pour l'écarter, les auteurs ont recours à l'argument traditionnel : l'assureur a payé sa propre dette. Nous avons vu

[227] (1) VANARD, *L'assurance contre les risques du crédit, et les problèmes juridiques qu'elle soulève*, R. g. a. t. 1930. 304.

[228] (1) SOLUS, note S. 1937. 2. 28. — GAUTHIER, thèse pp. 178-186. — et aussi, bien que moins explicites, PICARD et BESSON, *op. cit.*, tome III n° 122.

précédemment (2) comment la Cour de cassation, par son arrêt du 14 décembre 1943 (3) a fait justice de cet argument et décidé qu'il n'était pas suffisant pour rejeter la subrogation légale. Il faut encore qu'il résulte des circonstances de la cause que telle a été l'intention des parties. Or l'assureur a bien pris la dette à sa charge à titre définitif, mais parce qu'il croyait que l'insolvabilité du débiteur serait définitive ; à la suite de l'inefficacité des recours il a payé la dette. Si le débiteur revient par la suite à meilleure fortune, l'insolvabilité que l'on avait crue définitive ne l'est pas ; l'assureur a en quelque sorte, sinon au sens juridique du terme, payé indument. Il est juste de lui accorder la subrogation légale pour lui permettre de poursuivre l'exécution de la dette à la place du créancier désintéressé (4).

Nous admettons donc qu'à défaut d'une clause de la police réglant la question, l'assureur d'insolvabilité bénéficie de la subrogation légale prévue par l'art. 1251-3°, pour les recours qui pourraient utilement être exercés par la suite. La solution devait être mentionnée, mais nous reconnaissons qu'en matière d'assurance-insolvabilité, le problème présente peu d'intérêt pratique, et la jurisprudence ne semble pas avoir eu à se prononcer. Il en est tout autrement avec l'assurance-aval.

(2) N° 51-53.

(3) D. C. 1944. J. 81 note BRESSON ; S. 1945. 1. 41 note HOUIN ; J. C. P. 1944. J. 2552 note MICHEL ; R. g. a. t. 1944. 63 note M. P.

(4) En ce sens : VITU, article précité, R. g. a. t. 1946. 259.

CHAPITRE II

SOLUTION DU PROBLÈME EN MATIÈRE D'ASSURANCE-AVAL

[229] L'assurance-aval est très différente de l'assurance-insolvabilité, à la fois dans son principe et dans la réalisation pratique. Elle a pour but de faciliter la circulation des traites émises par l'assuré, en leur conférant une garantie très sûre : l'assureur prend à sa charge le risque d'un défaut de paiement à l'échéance. C'est une opération compliquée car elle s'effectue en deux temps, et met en présence, au minimum quatre personnes. Une entreprise commerciale qui sera l'assuré passe avec un assureur une police d'assurance-crédit ; cette police prévoit que l'assureur garantira le paiement à l'échéance de traites tirées par l'assuré, et précise dans quelles conditions. Lorsque l'assuré émet une traite, il la présente à l'assureur qui donne sa garantie par un acte appelé avenant d'aliment, remis au tiers porteur et destiné à circuler avec la lettre de change. Si à l'échéance le tiré refuse de payer, le tiers porteur de la traite fait dresser protêt et s'adresse à l'assureur qui le paie.

[230] Il ne s'agit donc pas ici d'une insolvabilité définitive ; le refus de paiement opposé par le tiré peut provenir d'une tout autre cause, par exemple de difficultés pécuniaires passagères ou encore de contestations sur la provision de la traite. Les recours contre le tiré n'ont pas été exercés, et il est possible qu'ils aboutissent. Dans ces conditions, il est évident que l'assureur entend seulement faire une avance de fonds, et il doit pouvoir se faire rembourser la somme qu'il a dû payer (1).

[230] (1) Sur les recours de l'assureur-avaliseur, voir notamment ESCARRA, note D. 1936. 2. 113 et D. H. 1938. chron. 33. — SOLUS, note S. 1937. 2. 25 et article Gaz. Pal. 1938. 1. doct. 21. — HOUIN, *La nature du contrat d'assurance-aval, et le recours de l'assureur contre le tiré défaillant*, R. g. a. t. 1937. 5. — GAUTHIER, thèse pp. 182-188.

Mais la question ne se présente pas du tout de la même façon que dans les autres assurances, et nous montrerons d'abord que l'assureur-avaliseur ne peut tenir aucun droit de l'assuré ; seul le tiers porteur a des droits susceptibles d'être transmis à l'assureur lors du paiement. Cette transmission peut s'opérer par plusieurs procédés conventionnels, dont la validité est généralement admise, mais la question est beaucoup plus discutée de savoir si elle peut résulter d'une subrogation légale.

SECTION 1. — Le tireur assuré ne peut transmettre aucun droit à son assureur.

SECTION 2. — Transmission conventionnelle des droits du tiers porteur à l'assureur.

SECTION 3. — Subrogation légale de l'assureur dans les droits du tiers porteur.

SECTION 4. — Exercice du recours. — Inopposabilité des exceptions.

SECTION PREMIÈRE

LE TIREUR ASSURÉ

NE PEUT TRANSMETTRE AUCUN DROIT A SON ASSUREUR

[231] Les polices d'assurance-aval ont souvent stipulé une subrogation conventionnelle de l'assureur dans les droits du tireur assuré, et certains auteurs ont disserté sur la validité d'une telle subrogation en essayant de démontrer qu'elle ne remplissait pas les conditions exigées par l'art. 1250 du code civil (1).

En réalité la question est beaucoup plus simple : le tireur ne peut subroger son assureur parce qu'il ne peut conférer plus de droits qu'il n'en a lui-même : *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Or en émettant la traite, le tireur a transmis la provision aux porteurs successifs ; il n'en a plus la propriété : il n'est plus le créancier et n'a plus l'exercice de ses droits (2).

Le tireur ne pourrait recouvrer ses droits contre le tiré, que si, à la suite du non-paiement de la traite et d'un recours exercé contre lui par le porteur, il se trouvait obligé d'acquitter lui-même la traite. Mais précisément si la traite fait l'objet d'une assurance-aval, il n'en sera pas ainsi. Qu'on n'objecte pas que l'assureur paie la traite en qualité de mandataire du tireur : ce serait déformer l'intention des parties ; l'assureur n'est

[231] (1) En ce sens : ESCARNA, note D. 1936. 2. 116. — SOLUS, note S. 1937. 2. 26.

(2) Riom 30 octobre 1936, D. 1936. 2. 113 ; Gaz. Pal. 1937. 1. 17, R. g. a. t. 1936. 1067.

HOUIN, article précité, R. g. a. t. 1937. 25. — GAUTHIER, thèse, p. 188.

pas un simple mandataire, il agit en vertu d'une qualité propre, en qualité de donneur d'aval.

Le tireur n'a donc aucun recours à céder ni par subrogation conventionnelle, ni par cession de créance, ni à plus forte raison par endossement : l'endossement ne peut être réalisé que par un porteur de la traite, et celle-ci ne rentre pas en la possession du tireur. La seule ressource de l'assureur est d'exercer les droits du tiers porteur auquel il paie la traite. La pratique l'a d'ailleurs facilement compris et s'est orientée en ce sens.

SECTION II

TRANSMISSION CONVENTIONNELLE DES DROITS DU TIERS PORTEUR A L'ASSUREUR

[232] Le tiers porteur d'une traite a surtout des droits contre le tiré, qui par l'acceptation est devenu le débiteur principal de la lettre de change. Mais en cas de défaillance du tiré, il peut aussi se retourner contre les endossataires successifs et contre le tireur lui-même. Si l'assureur est subrogé dans les droits du tiers porteur, cette subrogation pourra-t-elle lui conférer un recours contre son propre assuré tireur de la traite ? Si étrange que la solution puisse paraître à première vue, certaines polices réservent à l'assureur un tel recours. C'est encore une différence importante avec les solutions admises pour les autres assurances, différence qui résulte de la technique particulière de l'assurance-aval. Dans les autres assurances, un recours de l'assureur contre l'assuré est inconcevable, et l'on écarte même tout ce qui pourrait y aboutir indirectement, comme le recours contre une personne dont l'assuré est civilement responsable, parce qu'un tel recours supprimerait pratiquement l'utilité de l'assurance. Dans l'assurance-aval, l'assuré cherche des facilités de crédit ; si par la suite l'assureur poursuit contre lui le paiement de la traite protestée, comme l'aurait fait le tiers porteur en l'absence d'assurance, cela n'empêche pas qu'il a retiré de son contrat l'avantage qu'il en attendait, lors de l'émission de la traite.

[233] L'existence d'un recours de l'assureur contre l'assuré peut donc se justifier ici. Elle est même nécessaire pour qu'on soit en présence d'une assurance-aval à l'état pur ; sans ce recours, l'assureur garantit en même temps le tireur contre le risque d'insolvabilité définitive du tiré. Les anciennes polices limitaient ce recours au cas où le défaut de paiement était dû

à un vice de la provision ; mais la tendance semble maintenant d'abandonner cette restriction (1).

Ce point devait être signalé à cause de son caractère exceptionnel ; mais le recours de l'assureur substitué au banquier tiers porteur s'exercera en général contre le tiré défaillant. La transmission des droits du tiers porteur à l'assureur pourrait, semble-t-il, résulter d'une subrogation légale, puisque l'assureur a la qualité d'avaliseur. Mais cette idée s'est heurtée longtemps à une forte résistance de la jurisprudence et d'une partie de la doctrine. Aussi les compagnies d'assurance-aval y ont suppléé par des pratiques conventionnelles empruntées au droit cambiaire et au droit civil.

§ 1^{er}. — PROCÉDÉ DE TRANSMISSION DU DROIT CAMBIAIRE : L'ENDOSSEMENT.

[234] L'assureur qui se trouve contraint de payer la traite par suite de la défaillance du tiré peut se la faire endosser par le tiers porteur (1) ; il peut même, lors de la conclusion du contrat, subordonner sa garantie à cette condition. L'endossement est sans aucun doute le procédé le plus simple. L'assureur devient ainsi un tiers porteur ordinaire, et acquiert la propriété de la provision, avec tous les droits accessoires dont elle est assortie (2).

Mais il ne possède pas pour autant, comme on l'a parfois affirmé à tort (3), les recours cambiaires tels qu'ils résultent normalement de l'endossement. Il faut remarquer en effet que l'endossement dont bénéficie l'assureur, est nécessairement postérieur au protêt, puisque le jeu de la garantie suppose le protêt. Cette circonstance n'empêche pas la validité du transfert de la propriété de la lettre de change. Autrefois elle n'avait pas non plus d'influence sur les effets de ce transfert : elle n'enlevait même pas à l'assureur la qualité de tiers porteur de bonne foi si le protêt ne mentionnait pas l'exception alléguée à l'appui d'un refus de paiement. Mais il n'en est plus de même depuis le décret-loi du 30 octobre 1935, qui a refondu toute la réglementation des effets de commerce. Le nouvel art. 123 du code de commerce décide que l'endossement postérieur au protêt n'a plus que les effets d'une cession de créance ordinaire (4).

[233] (1) HOUIN, *op. cit.* R. g. a. t. 1937. 5-10.

[234] (1) C'était le cas dans les espèces tranchées par : Nîmes 8 et 22 mai 1936. R. g. a. t. 1936. 831 note M. P. — Montpellier 26 juin 1936, *ibid.* — Paris 7 décembre 1937, Gaz. Pal. 1938. 1. 164.

(2) Rouen, 29 juillet 1936, S. 1938. 2. 1 note LESCOT. — Paris 7 décembre 1937 précité.

(3) SOLUS, article Gaz. Pal. 1938. 1. doct. 21. — GAUTHIER, thèse p. 187.

(4) HOUIN, article précité, R. g. a. t. 1937, 26. — VITU, article précité, R. g. a. t. 1946. 256. — PICARD et BESSON, *Traité général*, tome III n° 122.

Dans le cas qui nous occupe, on ne peut donc pas dire que l'endossement soit plus efficace que la cession de créance du droit civil. Mais il garde sur celle-ci l'avantage de n'avoir pas besoin de formalités de notification, puisque l'endossement transmet la propriété de la provision même à l'égard du débiteur cédé (5) ; le tiré en effet, par son acceptation, s'oblige à payer au porteur de la lettre de change (6).

§ 2. — PROCÉDÉS DE TRANSMISSION DU DROIT CIVIL.

[235] Les droits du tiers porteur contre le tiré peuvent se transmettre à l'assureur par les procédés de droit civil de la cession de créance et de la subrogation conventionnelle. Toutefois il se présente une difficulté pratique : la cession de créance et la subrogation ne peuvent résulter de la police d'assurance, car le tireur ne peut céder par avance les droits du tiers porteur : seul le tiers porteur peut consentir le transfert de ses droits (1). On ne peut donc considérer comme efficace une clause de la police déclarant subroger l'assureur « dès à présent et par les présentes ». Et M. Escarra, défavorable au recours de l'assureur, trouve là un argument (2). Mais la difficulté n'est pas insurmontable. Le tiers porteur peut consentir au moment du paiement la subrogation ou la cession de créance ; et l'assureur peut par une clause de la police subordonner sa garantie à cette condition, pourvu que cette clause soit réitérée dans l'avenant d'aliment qui est seul opposable au tiers porteur. Dans ce cas, c'est à l'assureur de l'exiger lors du paiement ; s'il a été négligent, il ne peut utilement invoquer la clause de la police.

[236] A) *Cession de droits*. — La jurisprudence admet la validité des cessions civiles de traites, et il n'y a pas de raison de l'écarter ici. Bien entendu, cette cession civile ne transmet pas la propriété de l'effet de commerce, mais seulement sa détention matérielle. Elle ne procure pas l'exercice des droits cambiaires, mais nous avons vu qu'il en est de même de l'endossement postérieur au protêt (1). La cession transmet tout de même à l'assureur les droits du tiers porteur, avec sa qualité de porteur de bonne ou de mauvaise foi.

Cette cession de créance tient de son caractère civil un

(5) Paris, 7 décembre 1937, précité.

(6) A côté de l'endossement, M. HOUIN (*op. cit.* p. 31) a suggéré l'emploi du paiement par intervention prévu par les art. 168 sqq. c. comm. Mais cette idée ne semble pas pouvoir être retenue. Le paiement par intervention ne peut être fait que par une personne qui n'est pas tenue personnellement au paiement de la lettre de change. Ce n'est pas le cas de l'assureur qui a donné son aval.

[235] (1) Riom, 30 octobre 1936, D. 1936. 2. 113 note ESCARRA ; Gaz Pal. 1937. 1. 17.

(2) Note D. 1936. 2. 117.

[236] (1) *Supra* n° 234.

formalisme que ne connaît pas l'endossement : elle nécessite la signification prévue par l'art. 1690 c. civ. (2). M. Houin (3) remarque qu'il serait permis d'en douter, car on admet que le cessionnaire peut demander au débiteur cédé l'exécution de son obligation malgré le défaut de signification, lorsque l'exécution ne se heurte à aucun droit postérieur à la cession. Or c'est bien le cas ici : par l'acceptation de la traite, le tiré a accepté de considérer le tiers porteur comme son seul créancier. S'il a payé le tireur, il ne peut prétendre trouver là une circonstance nouvelle modifiant sa dette envers le véritable créancier ; il a commis une imprudence en payant une personne qui n'était pas le véritable créancier : il n'avait pas besoin de connaître la cession. Et pour réfuter cette objection, M. Houin se contente de se retrancher derrière les termes de l'art. 1690, et de constater que le débiteur cédé est bien un tiers à la cession.

[237] Mais le problème a des racines plus profondes, et soulève celui du sens et de la portée des formalités de l'art. 1690, dont la solution prête d'ailleurs à controverse. Si, comme semblent l'admettre la plupart des auteurs (1), il s'agit seulement de formalités de publicité, elles ne doivent être exigées que lorsqu'une publicité est nécessaire, et ce n'est pas le cas ici : le tiré s'est engagé à payer au porteur ; peu importe que le porteur change, cela ne modifie pas son obligation ; dès lors qu'il paie au porteur, il est certain de payer son véritable créancier. Mais l'origine historique des formalités de l'art. 1690 conduit plutôt à y voir une sorte de mise en possession de la créance (2). Alors elles doivent être exigées dans tous les cas.

Nous pouvons donc maintenir ici le principe de la nécessité d'une signification. Mais comme cette signification n'a aucun rôle de publicité, elle peut sans inconvénient être tardive ; en pratique, il suffit qu'elle soit contenue dans l'assignation en paiement, conformément à une jurisprudence constante : la mention de la cession dans l'acte d'assignation suffit lorsque le retard de la signification n'a pas eu de conséquences. Le tiré est obligé de payer la traite à tous les porteurs successifs, et s'il paie entre les mains du tireur, ce paiement n'est pas libératoire. Le retard de la signification ne modifie pas son obligation. Il n'est contraint de payer que lorsqu'elle est faite, mais elle peut l'être tant que le recours n'est pas prescrit (3).

(2) Riom, 15 mai 1936, D. 1936. 2. 113 ; S. 1937. 2. 25 ; R. g. a. t. 1936. 601. SOLUS, article Gaz. Pal. 1938. 1. doct. 21.

(3) *Op. cit.* R. g. a. t. 1937. 27-28.

[237] (1) BAUDRY-LACANTINIERE et SAIGNAT, n° 767.

(2) RIPERT, *Traité élémentaire de Planiol*, t. II n° 1708. — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. VII n° 1117.

(3) En ce sens, HOUIN, *op. cit.* R. g. a. t. 1937. 27-30

[238] B) *Subrogation conventionnelle*. — L'assureur-avaliseur peut encore bénéficier d'une subrogation conventionnelle dans les droits du tiers porteur, subrogation qui ne peut évidemment émaner que du tiers porteur lui-même (1). La validité de cette subrogation a parfois été contestée : on a fait remarquer que le *solvens* ne peut bénéficier de la subrogation que s'il est un tiers payant la dette d'autrui ; or l'assureur qui paie le porteur n'est pas un tiers, mais un représentant, un mandataire du tireur ; il ne peut se faire subroger par celui qu'il a mandat de payer (2). Mais cette idée fausse la nature du contrat et l'intention des parties : l'assureur n'est pas un simple mandataire du tireur, il a la qualité juridique de donneur d'aval.

Cette subrogation doit satisfaire aux conditions de l'art. 1250, c'est-à-dire être expresse et consentie au moment du paiement (3). Moyennant cela, elle est valable, et transmet à l'assureur les recours du tiers porteur.

[239] La subrogation n'a pas besoin d'être signifiée. Certains auteurs ont affirmé le contraire en s'inspirant de la vieille idée d'après laquelle la subrogation conventionnelle consentie à un assureur est en réalité une cession parce que l'assureur paie sa propre dette (1). Nous avons précédemment montré comment cette idée fausse et restreint arbitrairement la notion de subrogation (2). Il s'agit bien d'une véritable subrogation, et par suite la signification n'est pas exigée. L'assureur de dommages, sans y être obligé, a pourtant intérêt à faire connaître au responsable la subrogation, pour éviter de se voir opposer un paiement fait de bonne foi à l'assuré. Ici, la signification n'est pas nécessaire, même à titre de simple précaution, puisque le tiré s'est engagé à payer au porteur de la traite, et ne peut payer valablement à une autre personne (3).

[238] (1) Cf *supra* n° 235.

(2) Riom, 15 mai 1936, D. 1936. 2. 113 et la note ESCARRA ; Gaz. Pal. 1936. 2. 366.

(3) Riom 15 mai 1936 précité. — Rabat 21 décembre 1940, R. g. a. t. 1941. 174. SOLUS, *op. cit.* Gaz. Pal. 1938. 1. doct. 21. — GAUTHIER, thèse p. 188.

[239] (1) SOLUS, note S. 1937. 2. 26.

(2) N° 48-50.

(3) HOUIN, *op. cit.* R. g. a. t. 1937. 30.

SECTION III

SUBROGATION LÉGALE DE L'ASSUREUR DANS LES DROITS
DU TIERS PORTEUR

[240] Nous avons ainsi étudié les différents procédés conventionnels susceptibles de transmettre à l'assureur les recours du tiers porteur auquel il a payé le montant de la traite. Mais il peut arriver que la police n'ait prévu aucun de ces procédés, ou bien qu'au moment du paiement, l'assureur ait omis d'exiger l'endossement ou la subrogation qui étaient prévus. Le problème se pose alors de savoir si l'assureur peut se dire subrogé légalement dans les droits du tiers porteur. Il s'est rarement présenté sous cette forme en jurisprudence, car les assureurs prennent habituellement la précaution de se ménager des recours conventionnels ; mais il a soulevé en doctrine de très vives controverses (1). Avant d'aborder la discussion théorique du problème, nous allons constater qu'une nécessité pratique impérieuse exige la subrogation légale de l'assureur.

§ 1^{er}. — NÉCESSITÉ PRATIQUE DE LA SUBROGATION LÉGALE. — ARGUMENT D'ÉQUITÉ.

[241] Si en l'absence du recours d'origine conventionnelle, on refuse à l'assureur le bénéfice de la subrogation légale, il se trouve privé de tout recours. Mais alors personne ne peut exiger du tiré la somme qu'il devait payer. Le paiement fait par l'assureur dégage tous ceux qui se trouvaient obligés en vertu de la lettre de change ; aucun d'eux ne peut agir, pas même le tireur, puisqu'aucun n'a payé. On arrive alors à ce résultat inadmissible et scandaleux, dénoncé par la jurisprudence et de nombreux auteurs (1) qu'un tiré solvable et malhonnête pourrait légalement s'affranchir de sa dette en refusant de payer, et cela, grâce à une assurance à laquelle il est étranger ; toute traite assurée pourrait impunément rester impayée.

A cela, M. Escarra, adversaire convaincu de la subrogation légale, objecte que les compagnies d'assurances sont mal

[240] (1) Voir notamment : ESCARRA, note D. 1936. 2. 113 ; D. H. 1938. chron. 33. — SOLUS, note S. 1937. 2. 25 ; article Gaz. Pal. 1938. 1. doct. 21. — HOUTIN, article précité, R. g. a. t. 1937. 5 ; note S. 1945. 1. 41. — RAYMOND MICHEL, dissertation J. C. P. 1939. doct. 84 ; note J. C. P. 1944. J. 2552.

[241] (1) Paris 5 novembre 1937, Gaz. Pal. 1937. 2. 840 ; R. g. a. t. 1937. 987. — Paris 17 décembre 1937, S. 1938. 2. 30 ; Gaz. Pal. 1938. 1. 171 ; R. g. a. t. 1938. 122. — Trib. comm. Seine 13 juin 1938, Gaz. Pal. 1938. 2. 602 ; R. g. a. t. 1938. 996.

SOLUS, dissertation Gaz. Pal. 1938. 1. doct. 22. — GAUTHIER, thèse p. 198. — Notes signées M. P., R. g. a. t. 1938. 128 et 1944. 65. — BESSON, note D. 1944. J. 83. — MICHEL, dissertation J. C. P. 1939. doct. 84 col. 6, et note J. C. P. 1944. J. 2552.

venues à invoquer une considération de ce genre, elles qui recourent impitoyablement aux clauses de déchéance (2). Nous ne pensons pas devoir nous arrêter à une telle objection : il est possible que les compagnies d'assurances abusent des clauses de déchéance, mais ce n'est pas un raisonnement juridique que de répondre à un abus par un abus.

Il faut remarquer au contraire que, si l'assureur était privé de tout recours, il se trouverait soumis à une charge écrasante, à tel point que l'assurance-aval ne pourrait pas fonctionner (3) ; or l'assurance-aval, dont le but est de faciliter le crédit, peut rendre de grands services dans le commerce, et il faut en favoriser le développement.

[242] Il est donc pratiquement indispensable que dans tous les cas le recours du tiers porteur passe à l'assureur qui a payé la traite. Mais ce recours ne s'exercera pas nécessairement contre le tiré : à moins que la police n'en ait disposé autrement, l'assureur subrogé dans les droits du tiers porteur a aussi un recours contre l'assuré tireur ; s'il se fait rembourser par le tireur, celui-ci recouvre ses droits contre le tiré qui sera finalement obligé de payer. Le résultat ne sera différent qu'en cas d'insolvabilité définitive du tiré : si l'assureur a un recours contre l'assuré, le tiers porteur seul est garanti contre l'insolvabilité ; si l'assureur n'a pas de recours contre l'assuré, il garantit à la fois l'assuré et le tiers porteur contre l'insolvabilité définitive.

Devant cette nécessité pratique, les tribunaux et les auteurs ont pris des positions différentes : certains ont persisté à nier la subrogation légale ; d'autres l'ont admise, mais l'ont justifiée d'une façon contestable, en déniant à l'opération d'assurance-aval le caractère d'une véritable assurance ; d'autres enfin, et c'est la tendance la plus récente, concilient la notion d'assurance et la subrogation légale.

§ 2. — THÉORIE OPPOSÉE A LA SUBROGATION LÉGALE.

[243] C'est la doctrine appliquée par la cour de Riom dans deux arrêts du 15 mai et du 30 octobre 1936 (1) et amplement développée et soutenue par M. Escarra (2).

L'idée essentielle est que le recours de l'assureur ne doit être cherché que dans les termes du contrat. Dans les espèces

(2) D. H. 1938. chron. 36.

(3) HOUIN, *op. cit.* R. g. a. t. 1937. 32.

[243] (1) Riom 15 mai 1936, D. 1936. 2. 113 note ESCARRA ; S. 1937. 2. 25 note SOLUS ; Sem. jur. 1936. 826 ; Gaz. Pal. 1936. 2. 366 ; R. g. a. t. 1936. 601 note M. P. — Riom 30 octobre 1936, D. 1936. 2. 113 note ESCARRA ; Gaz. Pal. 1937. 1. 17 ; R. g. a. t. 1936. 1067 note M. P.

(2) Note précitée et D. H. 1938. chron. 33.

tranchées par la cour de Riom, les polices obligeaient le tiers porteur à subroger conventionnellement l'assureur ; mais celui-ci avait négligé au moment du paiement d'exiger cette subrogation. Dans ces conditions, la cour de Riom refuse tout recours : l'assureur ne peut s'en prendre qu'à lui-même, s'il a négligé d'exiger la subrogation. M. Escarra (3) considère que l'assureur a ainsi encouru une sorte de déchéance, et que c'est de sa part chercher à s'évader des clauses de la police que de prétendre éviter les conséquences de sa négligence en recourant à la subrogation légale.

Cette idée repose sur une mauvaise interprétation de la clause des polices relative à la subrogation conventionnelle, et lui attribue une portée qu'elle n'a pas. Elle ne vise pas à exclure tout autre procédé, et il n'est pas exact de dire, comme l'arrêt du 30 octobre 1936, qu'elle « *subordonne* le recours de l'assureur à la remise par le porteur, d'une subrogation conventionnelle. » En réalité, si les compagnies d'assurance ont pris l'habitude de se ménager des recours conventionnels, c'est pour se prémunir contre les errements de la jurisprudence traditionnelle en matière d'assurances de dommages. On ne peut en conclure qu'elles s'inclinaient devant cette jurisprudence, et ce n'est pas une raison pour en tirer argument contre elles. Ces clauses s'inspirent certainement d'un esprit favorable au recours de l'assureur, et c'est les déformer que de leur attribuer un sens restrictif.

[244] Mais une objection très importante se présentait : l'assureur apparaît comme un donneur d'aval ; or en vertu de l'art. 130 § 9 du code de commerce, le donneur d'aval qui paie la lettre de change acquiert tous les droits résultant de la traite. Aussi M. Escarra s'efforce-t-il de prouver que l'opération, malgré son nom, n'est pas un aval, mais uniquement un contrat d'assurance. Elle en présente tous les caractères essentiels : elle est aléatoire, et vise à mettre en commun des risques en utilisant les procédés du calcul de probabilités ; l'assureur s'engage à verser une indemnité qui représente tout ou partie du dommage subi. Sans doute le contrat d'assurance-crédit présente des analogies avec l'aval d'une lettre de change, mais il en reste distinct et indépendant. Un assureur aurait comme toute personne le droit de donner aval d'une traite, mais ce ne peut être par une police ou un avenant.

L'assureur n'acquitte pas une dette née du contrat de change ; il se trouve que la somme qu'il paie est égale au montant de la lettre de change, mais c'est une coïncidence purement fortuite. Il n'est pas tenu avec le tiré ou pour lui ; il ne paie

(3) *Loc. cit.*

pas la dette d'un autre, mais sa dette personnelle. Il paie en vertu de l'obligation qu'il a contractée à l'égard du tireur, et parce qu'il a reçu des primes ; sans le contrat d'assurance-crédit, il n'aurait aucune obligation de payer. Par conséquent le droit du change n'est pas applicable ici en l'absence d'endossement, et l'assureur ne saurait avoir d'autres recours que ceux qui sont prévus au contrat.

[245] Telle est la théorie de M. Escarra. Elle fait application de la jurisprudence antérieure à 1930, d'après laquelle l'assureur ne peut bénéficier de la subrogation légale, parce qu'il acquitte une dette qui lui est personnelle. Nous avons montré déjà que cette jurisprudence était condamnable lorsqu'elle s'appliquait aux assurances de dommages (1) ; elle l'est encore beaucoup plus si on la transpose dans le domaine de l'assurance-aval, à cause de la nature particulière de cette assurance (2). La situation est tout à fait différente. Dans les assurances de dommages, si l'on excepte l'assurance-vol, le fait d'un tiers n'est couvert qu'à titre accessoire ; le sinistre est dû plus souvent à la force majeure. Au contraire, dans l'assurance-crédit, le risque couvert suppose nécessairement le fait d'un tiers, la défaillance du débiteur. D'ailleurs la cour de Riom s'est trouvée assez embarrassée par le mécanisme particulier de l'assurance-crédit, et n'a pu conserver intégralement l'idée que l'assureur paie sa propre dette : elle semble reconnaître que l'assureur paie en qualité de représentant du tireur la dette dont celui-ci serait tenu par suite de la défaillance du tiré.

[246] Pour contester l'existence d'un véritable aval, M. Escarra accumule de nombreux arguments, mais dont aucun ne semble très solide :

1°) les termes employés indiquent que les parties ont voulu soumettre leur contrat au régime juridique de l'assurance : la compagnie « assure » une traite, les écrits échangés portent le nom de « police » et d' « avenant » (1). C'est là tenir trop de compte des caractères extérieurs du contrat. Un principe de l'interprétation des conventions veut que l'on recherche l'intention des contractants, plutôt que de s'arrêter à la dénomination employée, qui peut être inexacte.

2°) L'aval est donné normalement sur la traite elle-même ; quand il est donné par acte séparé, c'est généralement pour ménager le crédit d'une signature ; or l'avenant d'aliment circule avec la traite et par conséquent les porteurs successifs en ont connaissance (2). L'intérêt de donner aval par acte sé-

[245] (1) N° 48-50.

(2) SOLUS, note S. 1937. 2. 27. — BESSON, note D. 1944. J. 82.

[246] (1) D. H. 1938. chron. 33.

(2) Note D. 1936. 2. 115.

paré est peut-être en général de ménager le crédit d'une signature ; mais ce n'est pas une raison pour en faire une condition de validité : rien dans la loi n'autorise une telle déduction.

[247] 3°) L'art. 130 du code de commerce prévoit que l'aval est donné par la formule « bon pour aval » ou une formule équivalente ; et M. Escarra en déduit qu'il doit s'agir en tout cas d'une formule brève, sans aucune ressemblance avec les longues clauses d'une police d'assurance (1). Mais d'une part la loi admet la formule équivalente, et d'autre part ce n'est pas la police mais l'avenant d'aliment qui contient un aval.

4°) D'après l'art. 130 c. com., l'aval doit indiquer pour le compte de qui il est donné, et à défaut il est présumé donné pour le compte du tireur ; or la police d'assurance est ouverte et peut s'appliquer à n'importe quelle traite (2). C'est oublier ici encore que l'aval est donné non pas par la police, mais par l'avenant d'aliment, qui s'applique à une traite déterminée.

[248] 5°) L'assurance pourrait garantir une obligation qui ne serait pas représentée par une lettre de change ; on ne pourrait alors parler d'aval, et la nature juridique de l'opération ne peut varier en fonction de l'obligation garantie (1). Mais tout d'abord il n'en est pas ainsi, l'assurance-crédit ayant été créée pour les effets de commerce ; et en tout cas, s'il en était ainsi, l'avenant d'aliment contiendrait alors un cautionnement civil qui est de la même nature que l'aval.

6°) Les compagnies avisent les banquiers tantôt par lettre ordinaire, tantôt par acte d'aval régulier ; cela signifie qu'elles n'entendent pas assumer les mêmes obligations dans les deux cas (2). C'est une supposition purement gratuite, et qui surtout se trouve en contradiction avec l'ensemble de la théorie, puisqu'elle admet que dans certains contrats d'assurance-crédit, il peut y avoir aval.

[249] 7°) L'aval, comme tout cautionnement, présente des caractères qui l'opposent à l'assurance : c'est un contrat de garantie, unilatéral et accessoire, alors que l'assurance est un contrat de prévoyance, synallagmatique et principal (1). Mais l'un n'exclut pas l'autre : il y a entre assureur et assuré un contrat d'assurance qui résulte de la police et présente les caractères de toute assurance ; il y a d'autre part à l'égard du tiers porteur un aval contenu dans l'avenant d'aliment, et cet

[247] (1) *Ibid.*

(2) *Ibid.*

[248] (1) Note D. 1936. 2. 115.

(2) *Ibid.*

[249] (1) D. H. 1938. chron. 33.

aval est un contrat de garantie, unilatéral et accessoire à la dette cambiaire.

8°) L'assurance-crédit est un contrat à titre onéreux, alors que le cautionnement est un contrat de bienfaisance et gratuit (2). Mais il existe aussi des cautionnements rémunérés : c'est le cas des cautions de banque.

Il n'existe donc aucun argument décisif qui permette d'écarter la subrogation légale exigée par l'équité, et nous croyons pouvoir rejeter la théorie d'après laquelle l'opération d'assurance-aval ne comporte pas un véritable aval.

§ 3. — THÉORIE DU CARACTÈRE BANCAIRE DE L'ASSURANCE-AVAL.

[250] L'ensemble de la jurisprudence et la plupart des auteurs ont admis au contraire la nécessité pratique inéluctable d'accorder à l'assureur d'une traite la subrogation légale, et ils en ont recherché la justification dans une analyse précise de l'opération d'assurance-aval : l'avenant d'aliment délivré par l'assureur constitue un aval donné par acte séparé, dans les termes du nouvel art. 130 c. comm. (1).

La police d'assurance n'est qu'un avant-contrat : la compagnie promet de garantir le paiement des traites qui seront émises par l'assuré ; en général, d'ailleurs, l'assureur se réserve le droit d'apprécier les traites qui lui seront présentées. L'obligation de l'assureur est une obligation de faire ; il s'est engagé à garantir des traites ; il s'exécute en apposant sa signature sur les avenants d'aliment. Il n'est personnellement débiteur ni du tireur ni du tiers porteur ; son engagement est de se lier à titre de caution.

[251] L'avenant d'aliment émis à l'occasion de chaque traite est remis au porteur, et complètement indépendant de la police ; malgré son nom, c'est un véritable aval par acte séparé. La compagnie s'oblige envers tous tiers porteurs à payer la traite protestée, à moins que le tireur ne l'acquitte lui-même. Sans doute, l'avenant est délivré en vertu de la police d'assurance, mais il a sa valeur propre. Cette indépendance apparaît nettement dans les deux règles suivantes :

1°) en général l'assureur s'engage à payer sans rechercher

(2) *Ibid.*

[250] (1) En ce sens notamment une série d'arrêts de la cour de Paris : 23 décembre 1936, R. g. a. t. 1937. 132. — 5 novembre 1937, Gaz. Pal. 1937. 2. 840 ; R. g. a. t. 1937. 987. — 17 décembre 1937, S. 1938. 2. 30 ; Gaz. Pal. 1938. 1. 171 ; R. g. a. t. 1938. 122. — 10 février 1938, Gaz. Pal. 1938. 1. 478 ; R. g. a. t. 1938. 319. — Rouen 29 juillet 1936, S. 1938. 2. 1 note LESCOT. — Lyon 25 novembre 1937, R. g. a. t. 1938. 322.

En doctrine : note signée M. P., R. g. a. t. 1936. 606. — SOLUS, note S. 1937. 2. 28. — MICHEL, dissertation J. C. P. 1939. doct. 84 col. 4 et note J. C. P. 1944. J. 2552. — GAUTHIER, thèse p. 197.

si les obligations de l'assuré ont été respectées. Les déchéances qui peuvent affecter le contrat d'assurance sont sans effet sur l'avenant d'aliment ;

2°) la police ne garantit l'assuré que jusqu'à concurrence de 75 % ; pour éviter qu'il ne consente trop facilement des crédits hasardeux, l'assuré reste obligatoirement son propre assureur pour 25 %. Malgré cela, l'assureur s'engage par l'avenant à payer au tiers porteur la totalité, quitte à recourir contre l'assuré pour les 25 %. C'est donc qu'il paie non pas en qualité d'assureur, mais en qualité d'avaliseur.

[252] L'opération qualifiée d'assurance-aval comporte donc deux contrats distincts : l'un, entre le souscripteur et la compagnie, est un contrat d'assurance ; l'autre, entre la compagnie et le tiers porteur, est un aval par acte séparé. Les tiers ne connaissent que l'aval, qui est entièrement conforme au droit commun : il présente seulement la particularité de se rattacher par un numéro d'ordre à une police que les tiers ne connaissent pas. Et il confère à l'assureur les droits qui appartiennent à tout donneur d'aval, notamment la subrogation légale contre tous ceux qui sont obligés en vertu de la lettre de change.

En général les auteurs en demeurent là et font observer que le fait que l'aval se rattache à une police d'assurance ne saurait porter atteinte aux droits que l'assureur donneur d'aval tient du droit commun (1). L'assureur qui réclame le bénéfice de la subrogation légale fonde son recours non pas sur le contrat d'assurance, mais sur l'aval qu'il a consenti. Le tiré ne peut lui opposer le contrat d'assurance, que d'ailleurs il ne connaît pas, et auquel il est étranger. La compagnie d'assurance est intervenue comme caution dans l'opération de change ; on ne peut concevoir que son seul nom la prive des droits que lui confère le droit commun.

[253] Mais certaines décisions vont plus loin. Obsédées par la vieille idée d'après laquelle le contrat d'assurance est incompatible avec la notion de subrogation, elles s'efforcent de démontrer que l'assurance-aval n'a rien d'une véritable assurance, qu'elle est une opération de caractère exclusivement bancaire (1).

Cette théorie part de l'idée qu'à elle seule la police serait inopérante, puisque l'assureur se réserve un droit d'appréciation, et qu'il peut sans même fournir de motifs, refuser de garantir les traites qui lui sont présentées. L'assureur n'as-

[252] (1) Raymond MICHEL, dissertation J. C. P. 1939, doct. 84 col. 5 et note J. C. P. 1944, J. 2552.

[253] (1) Paris 5 novembre 1937 et 17 décembre 1937, précités.

sume en réalité aucune obligation ; seul l'assuré est obligé : il doit réserver à l'assureur l'aval des traites qu'il tire. La police ne détermine même pas les objets ni le risque assuré, qui ne seront précisés que plus tard ; le risque dépend de la solvabilité du tiré, et au moment de la conclusion du contrat, on ignore sur qui seront tirées les traites. En vain on essaierait d'y voir une police d'abonnement : une telle police laisse indéterminé le nombre des objets assurés, mais les caractères en sont précisés et l'assureur ne peut les refuser.

D'ailleurs l'opération d'assurance-aval comporte-t-elle un véritable risque assurable ? on en a douté à cause de l'existence d'un recours de l'assureur contre son assuré : pour que l'assureur supporte définitivement la dette, il faudrait que tireur et tiré soient tous les deux insolvable. Le paiement fait par l'assureur n'est pas une véritable indemnité, mais un décaissement de trésorerie. La prime elle-même n'est pas une véritable prime, car elle n'est pas proportionnée au décaissement. Et l'on conclut que l'assurance-aval est une simple opération de banque.

[254] Cette théorie, diamétralement opposée à celle de M. Escarra, est aussi excessive. Elle a été critiquée surtout par M. Houin (1). Il n'est pas indispensable que le risque soit déterminé dès la conclusion du contrat, pourvu qu'il le soit plus tard. Et l'existence du risque ne saurait être sérieusement mise en doute, dès lors que l'assureur peut se trouver obligé de supporter définitivement tout ou partie de l'indemnité versée. Il en est de même dans les assurances de dommages : dans bien des cas le jeu de l'art. 36 permet à l'assureur de se faire rembourser l'indemnité versée ; mais le risque subsiste puisque cette récupération n'est pas toujours possible. D'après M. Gauthier (2), la défaillance du tiré ne serait pas un risque, parce que tout donneur d'aval s'expose à la même éventualité ; ce n'est pas une raison : le risque n'est pas quelque chose qui serait par définition réservé aux assureurs.

[255] L'assurance-aval couvre un véritable risque. C'est surtout le risque d'insolvabilité définitive : insolvabilité cumulative du tiré et du tireur dans les cas où l'assureur a un recours contre ce dernier ; insolvabilité du seul tiré dans les autres cas. Et même si l'assureur réussit dans l'exercice de ses recours, il ne faut pas croire qu'il reste indemne pour autant. Pour intentier le procès, il a dû engager des frais ; sans doute, en principe, il a le droit de s'en faire rembourser par le défendeur condamné, et il pourra effectivement obtenir les

[254] (1) Article précité, R. g. a. t. 1937. 12-14.

(2) Thèse p. 183.

intérêts des sommes qu'il a avancées, les frais du protêt et des actes de poursuite. Mais il devra supporter définitivement les frais judiciaires qui ne figurent pas aux dépens, comme les honoraires d'avocats, et aussi les pertes de temps inévitables. L'assurance-aval comporte l'organisation d'un véritable service de recouvrement des effets de commerce, service qui nécessite des frais en partie irrecevables. Il y a là un véritable risque : c'est ce qu'on appelle le risque contentieux (1).

Tels sont les risques inhérents au crédit. L'assurance-aval a pour but de les répartir, de les compenser par le système de la mutualité. Cela suffit pour qu'il y ait véritable assurance.

§ 4. — THÉORIE PROPOSÉE.

[256] En réalité il faut reconnaître à l'assurance-aval une nature complexe : comme son nom l'indique, c'est à la fois une assurance et un aval (1). Il y a entre l'assureur et l'assuré un véritable contrat d'assurance qui a son origine dans la police et qui devient parfait lorsque par un avenant d'aliment l'assureur s'est engagé à propos d'un risque nettement déterminé. En vertu de ce contrat d'assurance, l'assureur donne au profil du tiers porteur un aval en tous points assimilable à un aval ordinaire. En effet, rien ne s'oppose à ce qu'un aval tire son origine d'un contrat d'assurance. Comme le remarque M. Houin (2), l'engagement du donneur d'aval est abstrait et peut se rattacher à différents actes juridiques : une donation, un acte à titre onéreux, un mandat, une gestion d'affaires : il n'y a pas de raison pour qu'il ne puisse provenir aussi bien d'un contrat d'assurance.

A ce système, M. Escarra objecte qu'il serait impossible de doser dans un même contrat indivisible, l'élément assurance et l'élément bancaire (3). Mais l'erreur consiste précisément à voir dans l'assurance-aval un contrat unique et indivisible : il y a au contraire deux contrats nettement distincts, rattachés il est vrai l'un à l'autre dans les rapports des parties entre elles, mais indépendants à l'égard des tiers qui ne connaissent que l'aval.

[257] Mais l'existence d'un véritable contrat d'assurance ne saurait porter atteinte aux droits que l'assureur tient de sa qualité de donneur d'aval. En effet, malgré la doctrine qui a été si longtemps admise, la notion de subrogation n'est pas

[255] (1) HOUIN, *loc. cit.* — LESCOT, note S. 1938. 2. 2.

[256] (1) En ce sens : note signée M. P., R. g. a. t. 1936. 605. — LESCOT, note précitée. — HOUIN, *op. cit.*, R. g. a. t. 1937. 17-20 et note S. 1945. 1. 41. Raymond MICHEL, note J. C. P. 1937. 450 et dissertation J. C. P. 1939. doct. 84.

(2) *Op. cit.* R. g. a. t. 1937. 17.

(3) Note D. 1936. 2. 115.

incompatible avec celle d'assurance (1). C'est d'ailleurs l'assurance-aval qui a fourni à la Cour de cassation l'occasion de rompre avec sa jurisprudence antérieure. L'arrêt de la cour de Riom du 15 mai 1936 (2) avait refusé la subrogation légale à un assureur-avaliseur qui n'avait pas pris soin d'exiger la subrogation conventionnelle prévue par la police ; la cour invoquait l'idée traditionnelle : l'assureur paie sa propre dette. La Cour de cassation, dans son arrêt du 14 décembre 1943 (3), n'a pas invoqué la théorie de l'aval par acte séparé admise déjà par plusieurs arrêts de la cour de Paris. Elle est restée sur le terrain de l'assurance, et a déclaré que le motif invoqué par la cour de Riom était inopérant : la cour aurait dû rechercher dans les circonstances de la cause quelle avait été l'intention des parties relativement à l'étendue des obligations de l'assureur, et indiquer les raisons de fait ou de droit qui s'opposaient à la subrogation légale.

[258] Nous avons admis, à la suite de M. Vitu (1), que la subrogation légale est une institution d'une portée très générale, qui repose sur l'équité et sur l'intention présumée des parties. Or ici l'équité exige impérieusement la subrogation légale, sans laquelle le tiré peut se trouver exonéré par son seul refus de payer (2). Et l'intention des parties de subordonner l'engagement de l'assureur à une subrogation dans les droits du tiers porteur ne peut laisser aucun doute. Le critère le plus sûr de cette intention est fourni par le mode de calcul des primes : dans l'assurance-aval, la prime est très modique, et indique que l'assureur entend seulement se porter caution. Si l'assureur n'avait pas de recours, le tiré refuserait presque toujours de payer. L'assureur ne pourrait, avec des primes aussi modiques, faire face à ses paiements. Il lui faudrait alors exiger une rémunération égale au montant de la dette, et qui n'aurait pas le caractère d'une véritable prime, car une prime ne couvre pas un risque certain (3). Le recours de l'assureur rentre donc dans les prévisions du contrat.

Cela résulte encore de la pratique très générale des clauses de subrogation. Par ces clauses, les compagnies n'entendent pas reconnaître l'absence de la subrogation légale ; elles veulent seulement se prémunir contre l'incertitude de la jurisprudence en la matière. L'assureur qui n'a pas stipulé une

[257] (1) Cf. *supra* n° 51-57.

(2) D. 1936. 2. 113 note ESCARRA ; S. 1937. 2. 25 note SOLUS ; R. g. a. t. 1936. 601 note M. P.

(3) D. C. 1944. J. 81 note BESSON ; S. 1945. 1. 41 note HOUIN ; J. C. P. 1944. J. 2552 note Raymond MICHEL ; R. g. a. t. 1944. 63 note M. P.

[258] (1) *Supra* n° 54-57. — VITU, article précité, R. g. a. t. 1946. 257.

(2) *Supra* n° 241.

(3) BESSON, note D. C. 1944. J. 82. — MICHEL, note J. C. P. 1944. J. 2552, sous-note 2.

telle clause ne peut donc être considéré comme ayant renoncé à tout recours. Une telle renonciation ne pourrait résulter que d'une clause formelle, et cette clause ne se rencontre jamais parce qu'elle dénaturerait complètement le contrat.

Nous pouvons donc conclure que dans tous les cas, même en l'absence de transmission conventionnelle des recours, l'assureur est subrogé dans les droits du tiers porteur auquel il paie le montant de la traite assurée.

SECTION IV

EXERCICE DU RECOURS INOPPOSABILITÉ DES EXCEPTIONS

[259] Le principe du recours de l'assureur contre le tiré défaillant étant admis, il faut encore préciser dans quelles conditions il s'exercera, quelle est l'étendue des droits de l'assureur.

En général, l'assureur garantit la totalité de la traite, et dispose par suite de la totalité du recours. Mais s'il ne garantit qu'une partie de la traite, son recours est limité à la somme qu'il paie ; le reste du recours appartient à celui qui, en vertu du droit cambiaire, a été obligé de payer le reste de la dette.

Qu'il y ait cession d'action ou subrogation, peu importe : dans tous les cas l'assureur se présente aux droits du tiers porteur, et non pas comme dans les assurances de dommages, aux droits de l'assuré. C'est ce principe qui détermine les droits de l'assureur.

Souvent l'assureur prouve une subrogation ou une cession d'action, mais ce n'est pas nécessaire : il a droit à la subrogation dès lors qu'il prouve qu'il a payé. Toutefois, il doit prouver aussi que la traite a été présentée et protestée (1). S'il a payé le tiers porteur avant l'échéance, il ne peut prétendre recourir contre le tiré avant l'échéance, car le tiers porteur n'en aurait pas le droit, et l'assureur ne peut avoir plus de droits que lui.

[260] La principale question qui se pose est celle de l'opposabilité des exceptions : dans quelle mesure le tiré peut-il opposer à l'assureur les exceptions qu'il pourrait opposer au tireur, et en particulier le défaut de provision ? C'est une règle générale que l'acceptation empêche le tiré d'opposer au tiers porteur de bonne foi le défaut de provision ; il en est de même à l'égard du donneur d'aval. Aussi une jurisprudence constante

[259] (1) Paris 23 janvier 1937, R. g. a. t. 1937. 319.

décide que le défaut de provision est en principe inopposable à l'assureur, qui se présente comme un porteur de bonne foi (1). La bonne foi se présume ; pour que le défaut de provision soit opposable, il faut que la mauvaise foi du tiers porteur soit prouvée. Et le terme de mauvaise foi n'a pas ici son sens habituel : la connaissance du défaut de provision ne suffit pas ; il faut la preuve d'une véritable fraude, destinée à obtenir un paiement qui autrement aurait pu être refusé (2), et cela, pour le donneur d'aval comme pour le tiers porteur. Un arrêt de la cour de Nîmes a précisé par exemple qu'il ne suffit pas d'alléguer que l'assureur a administré les affaires de l'assuré parce qu'il a exercé un contrôle sur la comptabilité (3). La preuve exigée pour rendre les exceptions opposables sera donc difficile.

[261] Le défaut de provision est évidemment opposable en cas de mauvaise foi de l'assureur. Il l'est aussi en cas de mauvaise foi du tiers porteur, car l'assureur, qui tient ses droits du tiers porteur, ne peut avoir plus de droits que lui. Le vice existant ainsi par rapport au tiers porteur ne peut même pas être purgé par rapport à l'assureur au moyen d'un endossement. En effet, l'endossement qui peut être consenti à l'assureur, est nécessairement postérieur au protêt ; en vertu de l'art. 123 c. comm., il ne produit pas les effets d'un endossement ordinaire, mais seulement ceux d'une cession de créance. Ainsi la règle subsiste intégralement, que les droits de l'assureur trouvent leur mesure dans ceux du tiers porteur.

C'est une des conséquences du mécanisme très particulier de l'assurance-aval qui, comme nous le remarquons dès l'abord, établit des rapports entre quatre personnes au lieu de trois, et dans laquelle ce n'est pas l'assuré qui reçoit le paiement de l'assureur. Mais malgré ces particularités importantes, l'assurance-aval avait bien sa place ici, puisqu'elle aussi a soulevé la question de savoir si la notion de subrogation est compatible avec l'assurance, et qu'elle a donné lieu à un arrêt qui semble sur cette question ouvrir une ère nouvelle dans la jurisprudence : l'arrêt du 14 décembre 1943.

[260] (1) Agen 14 mars 1928, non publié, cité dans une note signée M. P., R. g. a. t. 1936. 606.

Bordeaux 2 avril 1935, R. g. a. t. 1936. 831 note M. P. — Nîmes 8 et 22 mai 1936, *ibid.* — Montpellier 26 juin 1936, *ibid.* — Trib. comm. Lyon, 28 août 1936, R. g. a. t. 1937. 540. — Trib. comm. Seine 29 septembre 1936, *ibid.* — Nîmes 12 mars 1937, *ibid.* — Req. 8 février 1939, Gaz. Pal. 1939. 1. 701.

(2) Rouen 29 juillet 1936, S. 1938. 2. 1 note LESCOT. — Lyon 25 novembre 1937, R. g. a. t. 1938. 322.

(3) Nîmes 12 mars 1937, précité.

CONCLUSION

[262] Au terme de cette étude, nous pouvons maintenant tenter une appréciation d'ensemble sur la façon dont notre législation résoud le problème que nous nous étions posé. Et tout d'abord, que penser de la solution qui lui est donnée par la loi du 13 juillet 1930 ? On pourrait être tenté de regretter rétroactivement son caractère tardif : la législation française en effet a ignoré pendant plus d'un siècle les assurances terrestres, et lorsque parut la loi de 1930, elle était très en retard sur les législations étrangères. Auparavant, jurisprudence et doctrine avaient tâtonné pendant longtemps sur l'épineux problème du cumul des indemnités.

Mais ce retard lui-même n'a pas été inutile. Lorsque le législateur est intervenu, il avait devant lui d'une part l'exemple des lois étrangères antérieures, et d'autre part les enseignements de la doctrine et de la pratique françaises. Il s'en est largement inspiré, et il a donné au problème des rapports de l'assurance et de la responsabilité une solution qui mérite d'être approuvée parce qu'elle réalise un heureux équilibre dans les rapports entre assureur, assuré et tiers responsable. Son caractère impératif judicieusement dosé protège l'assuré contre des exigences excessives de l'assureur, tout en sauvegardant le plus possible le principe de la liberté des conventions.

[263] Dans le détail, il n'est guère qu'un point sur lequel nous ayons été amené à formuler des réserves : c'est l'application de l'art. 1252 (1). Mais la faute n'en est pas au législateur de 1930 : elle remonte au code civil, car la règle consacrée par ce texte est critiquable à propos de toute subrogation et non pas seulement entre assureur et assuré.

Débordant maintenant le cadre des assurances terrestres et de la loi de 1930, on peut regretter le manque d'unité dans le régime juridique des différentes sortes d'assurances : la réglementation des unes et des autres n'a pas la même origine.

[263] (1) N° 132 à 135.

La subrogation de l'assureur de dommages terrestres résulte de l'art. 36 de la loi de 1930 ; celle de l'assureur maritime provient d'un usage immémorial ; quant aux autres assureurs, ils ne peuvent invoquer que le droit commun. Sans doute le régime qui en résulte est à peu près analogue pour les uns et les autres. Mais il subsiste des controverses, des incertitudes qui font regretter l'absence d'un monument législatif unique réglementant à la fois et suivant les mêmes principes toutes les variétés d'assurances.

[264] Tout le système du droit français pour régler les rapports entre assurance et responsabilité repose sur le principe que l'existence du contrat d'assurance ne doit pas modifier la responsabilité de l'auteur du dommage : son obligation ne peut s'en trouver ni aggravée ni diminuée. Il ne doit pas être exonéré grâce à la prévoyance de la victime, et le problème est seulement de savoir s'il paiera à l'assuré ou à l'assureur. La responsabilité est absolument intangible. Ce principe, que nous considérons en France comme fondamental et indiscutable, est admis très généralement aussi à l'étranger, mais il n'est pas universel.

Il est intéressant en effet de constater qu'un système construit sur des bases complètement différentes a été adopté par le groupe des pays nordiques : Danemark, Norvège, Suède, Finlande (1). Ces quatre pays ont une loi commune sur le contrat d'assurance, appelée *Forsakringsavtalslagen* (en abrégé F. A. L.), avec deux versions très légèrement différentes, l'une dano-norvégienne, l'autre suédo-finlandaise.

[265] La version promulguée en Suède le 8 avril 1927 dispose dans son art. 25 § 1^{er} : « Lorsque l'assureur, par suite de l'assurance contre les dommages, aura versé, comme réparation, un montant que le bénéficiaire de l'assurance aurait pu prélever d'un autre, l'assureur aura recours contre ce débiteur, si celui-ci a occasionné l'événement assuré par sa faute lourde, ou s'il est légalement obligé à dédommager, qu'il ait occasionné ou non le dommage. » Il résulte de ce texte qu'en règle générale l'assureur n'a pas de recours et l'auteur du dommage se trouve exonéré ; il y a exception seulement dans deux séries de cas :

1°) en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave, car il est indispensable qu'une telle faute soit sanctionnée. Le recours contre le responsable prendra alors un caractère pénal. La version dano-norvégienne, plus souple, donne les plus larges pouvoirs aux tribunaux : ils peuvent graduer le montant du recours d'après la gravité de la faute ;

[264] (1) Вунот, article R. g. a. t. 1945. 127 sqq.

2°) la seconde exception concernant celui qui est « légalement obligé à dédommager » vise pratiquement le responsable sans faute. Elle s'explique parce qu'en droit suédois le champ de la responsabilité sans faute est très restreint : elle ne s'applique qu'à de puissantes sociétés dont le patrimoine pourra supporter sans conséquences désastreuses la charge du dommage. On considère donc ici la situation économique du responsable.

[266] Ce système part de l'idée du caractère social de l'assurance. Il s'inspire d'une théorie du juriste danois Bache. Il existe deux procédés de réparation des dommages : la responsabilité et l'assurance, qui ne se recouvrent pas complètement, mais dans la plupart des cas. C'est superflu, et il faut choisir. Or la responsabilité est une institution archaïque, qui ne s'adapte pas de façon satisfaisante aux exigences de la vie moderne ; depuis longtemps elle est sortie de son cadre représentatif : elle peut ruiner un particulier coupable d'une simple négligence. L'assurance au contraire est un procédé moderne, exactement adapté à son but : elle protège contre les conséquences désastreuses de simples négligences, en répartissant les dommages sur un patrimoine commun. C'est à tort, conclut Bache, que les juristes persistent à considérer le principe de la responsabilité comme intangible et cherchent à le combiner avec l'assurance au moyen du recours de l'assureur. Il en résulte des complications inutiles, et finalement l'assurance de la responsabilité.

[267] Ce sont là des idées que l'on pourrait qualifier de révolutionnaires dans le domaine juridique, et qui pourtant méritent d'être retenues. Sans doute il ne faudrait pas aller trop loin dans cette voie : toute faute mérite une sanction même si elle ne constitue pas un délit pénal, et il serait socialement très dangereux de supprimer complètement la responsabilité civile. Mais il est certain que le système des responsabilités sans faute est très défectueux : il peut entraîner pour celui dont la responsabilité est présumée des conséquences désastreuses qui ne se justifient pas par une idée pénale. La responsabilité est ainsi devenue pour celui sur qui elle pèse un véritable danger dont on cherche à se garantir au moyen de l'assurance de responsabilité. Mais le procédé est mauvais : l'assurance de responsabilité va trop loin, car elle permet de s'exonérer complètement des conséquences d'une véritable faute, et peut ainsi provoquer l'imprudence. La théorie des responsabilités sans faute a été imaginée en faveur des victimes d'accidents : on a voulu leur assurer une indemnisation en toute hypothèse, même lorsqu'aucune personne n'est en faute. Dans les cas de ce genre, le procédé de l'assurance semble beaucoup

mieux approprié, et pourrait avantageusement se substituer à la responsabilité.

Assurance et responsabilité devraient avoir chacune son rôle et son domaine distincts, la responsabilité revenant strictement à son caractère pénal originaire, et l'assurance procurant l'indemnisation de la victime en l'absence de faute prouvée d'une personne responsable. Au lieu de se superposer, elles devraient se juxtaposer. L'évolution continuelle des institutions se dessinera peut-être en ce sens.

Vu, le Doyen,
H. LEMONNIER.

Vu, le Président de thèse.
B. PERREAU.

Vu et permis d'imprimer, le Recteur,
P. DAURE.

BIBLIOGRAPHIE

- A. B. — Notes Revue gén. Ass. terr. 1938. 972. — 1939. 75. — 1939. 483. — 1939. 493. — 1940. 306. — 1943. 248. — 1945. 158. — 1947. 385. — 1948. 128. — 1948. 134.
- ANCEY (César) et SICOT (Lucien). — *La loi sur le contrat d'assurance*, pp. 158 à 162 et 205 à 207.
- BASEDOW. — *Le droit international privé des assurances*, thèse Paris 1939, n° 135 à 142.
- BESSON (André). — *Le cumul de l'indemnité d'assurance et de l'indemnité de responsabilité*, Revue *Al Quanon Wal Iqtisad*, 1936, pp. 58 sqq.
- Notes D. 1930. 2. 116. — DC. 1944. J. 81. — DC. 1944. J. 134. — D. 1946. J. 1. — J. C. P. 1941. J. 1628. — J. C. P. 1945. J. 2779. — J. C. P. 1948. J. 4146. — J. C. P. 1948. J. 4335.
- Voir aussi : PICARD et BESSON.
- BUHOT. — *Quelques particularités de la loi nordique sur le contrat d'assurance*, Rev. Gén. Ass. Terr., 1945, pp. 127 sqq.
- CAPITANT (Henri). — *Du recours soit de l'assureur, soit de l'assuré, contre le tiers qui par sa faute a amené la réalisation du risque prévu au contrat d'assurance*, Rev. trim. de droit civil, 1906, pp. 37 à 70.
- Notes D. 1906. 2. 185. — D. 1932. 1. 153.
- *La loi du 13 juillet 1930*, Rev. gén. Ass. terr., 1930, pp. 780 sqq.
- CHAVEGRIN. — Note S. 1900. 4. 5.
- COSMAO-DUMANOIR. — Note Pandectes 1904. 2. 129.
- CREMIEU. — Note S. 1910. 2. 57.
- CYFER (David). — *L'assureur ayant indemnisé la victime d'un accident peut-il agir contre le tiers responsable ?* Revue générale des Assurances et des responsabilités (Bruxelles), 1931, n° 732.
- DANJON (Daniel). — *Traité de Droit maritime*, 2^e édition revue par LEPARGNEUR, tome V, n° 1912 à 1928.
- DEMOGUE. — *Traité des Obligations en général*, t. IV, n° 606 à 633.
- Critiques de jurisprudence, Rev. trim., 1924, p. 680, et 1936, p. 705.
- DUPOND. — Note S. 1941. 2. 1.
- DUPUICH. — Notes D. 1894. 2. 505. — D. 1918. 1. 57.
- *L'assurance-vie*, n° 362 sqq.
- ESCARRA. — Note D. 1936. 2. 113.
- *A propos de l'assurance-crédit*, D. H. 1938. chron. 33.
- ESMEIN (Paul). — Note S. 1925. 1. 9.
- FURTUNA. — *Du recours de l'assureur contre les tiers responsables de la réalisation du risque dans le contrat d'assurance*, thèse Paris 1915.

- GAUTHIER. — *Du recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage*, thèse Paris 1939.
- GODARD (Justin) et PERRAUD-CHARMANTIER (André). — *Code des assurances*, 3^e édition, 1947, n° 703 à 731 et 956 à 963.
- GRILLON (Suzanne). — *Le tiers auteur du dommage en face de l'assureur et de l'assuré*, thèse Montpellier 1936.
- GUYOT (Paul). — *Commentaire de la loi du 13 juillet 1930. Lois nouvelles*, 1930, pp. 451 à 453 et 462 à 464.
- HAMONIC. — *L'assurance-vol*, thèse Paris 1934, n° 257 à 262.
- HÉMARD (Joseph). — *Théorie et pratique des assurances terrestres*, tome II, pp. 33, 38, 46 et 190.
- HITIER. — Note D. 1903. 2. 313.
- HOUI. — *La nature du contrat d'assurance-aval, et le recours de l'assureur contre le tiré défaillant*. Rev. gén. Ass. terr., 1937, pp. 5 sqq.
- Note S. 1945. 1. 41.
- HUGUENEY. — Note S. 1928. 1. 257.
- KLEIN. — *L'assurance individuelle contre les accidents*, thèse Paris 1934, pp. 64 à 74 et 200 à 205.
- LABBÉ. — Note S. 1880. 1. 441.
- LALOU (Henri). — *Traité pratique de la responsabilité civile*, 3^e édition, n° 192 à 215.
- Notes D. 1930. 1. 105. — D. 1946. J. 400.
- LALOUX. — *Traité des assurances terrestres en droit belge*, n° 339 à 344 et 485.
- LEFORT. — *Traité du contrat d'assurance sur la vie*, t. II, pp. 130 à 132.
- LEMOINE. — *Traité de droit aérien*, n° 1137 à 1142 et 1197.
- LEPARGNEUR. — *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL et RIPERT, tome XI, n° 1321 à 1325.
- LESCOT (P.). — Note S. 1938. 2. 1.
- DE LIGNEROLLES. — *Recours de l'assureur contre le tiers responsable*, thèse Paris 1910.
- LYON-CAEN. — Notes S. 1886. 1. 273. — S. 1887. 1. 17. — S. 1911 1. 545.
- *Examen doctrinal*. Revue crit. de Lég. et de Jurisp., 1887, p. 627.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit commercial*, tome VI, n° 1311 à 1315.
- MAMOPOULOS. — *Du recours de l'assureur contre le tiers responsable du sinistre, et du cumul des indemnités au profit de l'assuré*, thèse Paris 1916.
- MARRET (Pierre). — *Des conséquences des prestations faites à la victime d'un délit par un autre que l'auteur du délit*, thèse Paris 1934.
- MARTIN (Louis). — *Des droits de l'assureur contre l'auteur du dommage*, thèse Rennes 1920.
- MAZEAUD (Henri et Léon). — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome I^{er}, 4^e éd. 1948 ; tome II et III, 3^e éd. 1939 ; spécialement t. I^{er} n° 232 à 254 et t. III n° 2731 à 2739.
- Critiques de jurisprudence. Rev. trim. 1944, p. 38 ; 1946, p. 36 ; 1948, p. 344.
- MICHEL (Raymond). — *Assurance-crédit et aval*. Sem. jur. 1939, doctrine n° 84.
- Note J. C. P. 1944. J. 2552.
- MORET. — *Situation juridique de l'assureur à l'égard de l'auteur du dommage*, thèse Paris 1913.
- M. P. — Notes Rev. gén. Ass. terr., 1930. 584. — 1932. 528. — 1936.

605. — 1944. 64.

NIBOYET. — Note S. 1934. 2. 49.

PANNIER. — *Des droits de l'assureur contre le tiers responsable*, thèse Paris 1906.

PERRAUD-CHARMANTIER (André). — Voir GODARD.

PERREAU (E. H.). — *Du recours de l'assuré contre l'auteur du dommage après paiement par l'assurance*. Rev. crit. Lég. et Jurisp. 1907. 577.

— *Examens doctrinaux*, Rev. crit. 1902, p. 414 et 1938, p. 174.

— Note S. 1921. 1. 217.

PERROUD. — Notes Rev. gén. Ass. terr. 1932, p. 295 et 1935, p. 350.

PICARD (Maurice) et BESSON (André). — *Traité général des assurances terrestres en droit français*, 4 volumes parus, spécialement tome II, n° 290 à 319.

PLANIOL et RIPERT. — Voir LEPARGNEUR, et aussi RIPERT.

P. L.-P. — Notes D. C. 1944. J. 38. — D. 1948. J. 13. — J. C. P. 1945. J. 2798.

RENAULT. — Voir LYON-CAEN.

RIPERT (Georges). — *Examen doctrinal*, Rev. crit. 1911, p. 152.

— Notes D. 1921. 2. 17. — D. 1928. 2. 41.

— *Droit maritime*, 3^e édition, tome III, n° 2793 à 2796.

— *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, 3 vol., spécialement t. II, n° 1002, 1023, 1024, 1163, 1771.

DE RIVE. — *Du recours des compagnies d'assurances contre les tiers responsables d'un sinistre*, thèse Paris 1908.

ROUSSEAU. — Note S. 1924. 1. 257.

SAVATIER. — *Cours de droit civil*, tome II, n° 230.

— *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2 vol., spécialement tome II, n° 576 à 593.

— Note D. 1934. 1. 59.

SENS-OLIVE. — Conclusions D. 1934. 1. 59.

SICOT (Lucien). — Voir ANCEY.

SOLUS (Henry). — Note S. 1937. 2. 25.

— *Les recours de l'assureur en matière d'assurance-crédit*, Gaz. Pal. 1938. 1. doct. 21.

SUMIEN. — *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, n° 150 et 151.

TRASBOT (André). — *Commentaire de la loi du 13 juillet 1930*, D. 1931. 4. 23 sqq.

VIENNE (Raymond). — *Le recours de l'assureur qui a payé le dommage contre le tiers auteur du sinistre*. Bulletin des Assurances (Bruxelles), 1936, p. 560.

VITU. — *Subrogation légale et droit des Assurances*. Revue gén. Ass. terr., 1946, p. 231 sqq.

WAHL. — Note S. 1903. 2. 257.

WEENS. — *Du principe que l'assurance des choses est un contrat d'indemnité*, thèse Paris 1927, n° 56 à 62 et 253 à 268.

PRINCIPALES REVUES CITEES

D.	<i>Recueil Dalloz.</i>
S.	<i>Recueil Sirey.</i>
Pand.	<i>Pandectes françaises.</i>
J. C. P.	<i>Juris-Classeur Périodique.</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais.</i>
Gaz. Trib.	<i>Gazette des Tribunaux.</i>
Rev. trim.	<i>Revue trimestrielle de Droit civil.</i>
Rev. crit.	<i>Revue critique de Législation et de Jurisprudence.</i>
R. g. a. t.	<i>Revue générale des Assurances terrestres.</i>
Rec. pér. ass.	<i>Recueil périodique des Assurances.</i>
Rev. gén. ass. resp.	<i>Revue générale des Assurances et des Responsabilités (Bruxelles).</i>
Bull. Ass.	<i>Bulletin des Assurances (Bruxelles).</i>

TABLE DES MATIÈRES

N^{os}

1-4	INTRODUCTION	1
-----	--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

5-57 PRINCIPES GÉNÉRAUX

5-21	CHAPITRE I. — ABSENCE DE RECOURS PERSONNEL DE L'ASSUREUR	7
5-9	<i>Section I.</i> — La théorie ancienne du recours personnel. — Evolution historique	7
5	§ 1. — Origine	7
6	§ 2. — Argument	8
7-8	§ 3. — Déclin de la théorie	9
9	§ 4. — Le recours personnel et la loi de 1930 ..	10
10-15	<i>Section II.</i> — Arguments inopérants invoqués contre le recours	11
10	§ 1. — La relativité des contrats	11
11-13	§ 2. — Le caractère indirect du préjudice	12
14-15	§ 3. — Les difficultés pour fixer le montant du recours	14
16-20	<i>Section III.</i> — Véritable argument contre le recours : Analyse du contrat	16
16-17	§ 1. — Le caractère aléatoire du contrat	16
18-19	§ 2. — L'indemnité d'assurance est la contrepartie des primes	17
20	§ 3. — Comparaison avec le cas des administrations débitrices de pensions	19
21	<i>Section IV.</i> — Tentative faite pour fonder le recours personnel sur la gestion d'affaires ou l'enrichissement sans cause	19
22-40	CHAPITRE II — POSSIBILITÉ DU CUMUL DES INDEMNITÉS D'ASSURANCE ET DE RESPONSABILITÉ	21
23-27	<i>Section I.</i> — La théorie ancienne du non-cumul. — Evolution historique	22
24	1 ^{re} phase : le non-cumul posé en principe général	22
25	2 ^e phase : admission du cumul dans les assuran-	

N°		
	ces de personnes	23
26-27	3° phase : extension du cumul à toutes les assurances	24
28-31	<i>Section II.</i> — Nécessité pratique du cumul. — Arguments d'équité	25
32-37	<i>Section III.</i> — Justification juridique du cumul ..	27
32	§ 1. — Argument inopérant : la relativité des conventions	27
33-37	§ 2. — Véritable argument : interprétation du caractère indemnitaire	28
38-40	<i>Section IV.</i> — Dans quelle mesure faut-il admettre le cumul ?	31
41-57	CHAPITRE III. — LA NOTION DE SUBROGATION EST-ELLE COMPATIBLE AVEC LE CONTRAT D'ASSURANCE ?	34
44-50	<i>Section I.</i> — La doctrine traditionnelle	36
44	§ 1. — Inapplicabilité de l'art. 1251-3°	36
45-47	§ 2. — La clause subrogatoire interprétée comme cession d'action	37
48-50	§ 3. — Critique de la doctrine traditionnelle ..	39
51-57	<i>Section II.</i> — Orientation nouvelle de la jurisprudence	41
51-53	§ 1. — L'arrêt du 14 décembre 1943	41
54-57	§ 2. — Justification théorique. — Essai d'une théorie constructive sur la subrogation en général	43

58-201

DEUXIÈME PARTIE

SOLUTIONS DONNÉES PAR LA LOI DE 1930

58-177	TITRE I. — L'ARTICLE 36 ET LES ASSURANCES DE DOMMAGES	49
58-70	CHAPITRE I. — GÉNÉRALITÉS	51
58-60	<i>Section I.</i> — Antécédents historiques. — Dispositions analogues des lois étrangères	51
61-67	<i>Section II.</i> — Justification du principe de l'article 36	53
68-70	<i>Section III.</i> — Nature juridique de la subrogation de l'article 36	57
71-103	CHAPITRE II. — DOMAINE D'APPLICATION DE L'ARTICLE 36	60
71-75	<i>Section I.</i> — A quelles assurances s'applique l'article 36 ?	60
71-73	§ 1. — Assurances non soumises à la loi de 1930 ..	60
74	§ 2. — L'article 36 ne s'applique pas aux assurances de personnes	62
75	§ 3. — Assurances soumises à l'article 36	63

N ^{os}		
76-80	<i>Section II.</i> — A quelles actions s'applique la subrogation de l'article 36 ?	63
76-79	§ 1. — L'art. 36 s'applique à toute action en responsabilité	63
80	§ 2. — L'article 36 s'applique seulement à l'action en responsabilité	66
81-93	<i>Section III.</i> — Contre quelles personnes peut s'exercer le recours. — Exceptions du § 3 ..	67
81-84	§ 1. — Justification de l'exception. — Précédents. — Dispositions des lois étrangères	67
85-91	§ 2. — Détermination des bénéficiaires	69
92-93	§ 3. — Le cas de malveillance	73
94-97	<i>Section IV.</i> — Application de l'article 36 dans le temps	75
98-103	<i>Section V.</i> — Application de l'article 36 dans l'espace	78
99-100	§ 1. — Application de la loi du lieu de paiement	79
101-102	§ 2. — Application de la loi de l'obligation du débiteur	80
103	§ 3. — Application de la loi du contrat d'assurance	81
104-150	CHAPITRE III. — FONCTIONNEMENT DE LA SUBROGATION DE L'ART. 36	83
104-111	<i>Section I.</i> — Conditions de la subrogation	83
104-107	§ 1. — Le paiement préalable	83
108-111	§ 2. — Absence de formalités	85
112-127	<i>Section II.</i> — Mise en œuvre du recours de l'assureur	88
114-115	§ 1. — Compétence	89
116-117	§ 2. — Exercice des prérogatives	90
118-127	§ 3. — Opposabilité des exceptions	92
128-138	<i>Section III.</i> — Etendue des droits de l'assureur	97
128-136	§ 1. — Concours entre assureur et assuré	97
137-138	§ 2. — Concours entre plusieurs assureurs	103
139-140	<i>Section IV.</i> — Prescription du recours de l'assureur	104
141-148	<i>Section V.</i> — Du cas où la subrogation est rendue impossible. — Décharge de l'assureur	106
149-150	<i>Section VI.</i> — Particularités de l'application de l'art. 36 aux assurances de responsabilité	110
151-160	CHAPITRE IV. — POSSIBILITÉ DE CLAUSES CONTRAIRES A L'ART. 36. — CARACTÈRE IMPÉRATIF OU SUPPLÉTIF.	112
151-153	<i>Section I.</i> — Renonciation de l'assureur à la subrogation	112
154-158	<i>Section II.</i> — Nullité des clauses de cession d'action	114
159-160	<i>Section III.</i> — Nullité des clauses contraires au parag. 3 de l'article 36	117

N^{os}

161-177	CHAPITRE V. — DES CAS EXCEPTIONNELS OU L'ASSUREUR N'EST PAS SUBROGÉ	119
162-168	Section I. — L'assuré garde-t-il son recours ?	120
163-165	§ 1. — Cas de renonciation de l'assureur	120
166-168	§ 2. — Cas des exceptions de l'article 36 § 3 ..	122
169-177	Section II. — Possibilité d'un recours de l'assureur du dommage contre l'assureur du responsable	123
169-171	§ 1. — Cas de renonciation de l'assureur	124
172-177	§ 2. — Cas des exceptions de l'art. 36 parag. 3	125
178-201	TITRE II. — L'ARTICLE 55 ET LES ASSURANCES DE PERSONNES	129
178-189	CHAPITRE I. — GÉNÉRALITÉS	131
178-182	Section I. — Antécédents historiques. — Dispositions des lois étrangères	131
183-189	Section II. — Justification du principe de l'art. 55	134
190-201	CHAPITRE II. — QUELQUES DIFFICULTÉS D'APPLICATION DE L'ART. 55	138
191-192	Section I. — Domaine d'application de l'art. 55 ..	138
193-196	Section II. — Caractère impératif de l'art. 55 ..	140
197-201	Section III. — Portée de la règle de l'art. 55	142

202-261

TROISIÈME PARTIE

SOLUTION DU PROBLÈME HORS LA LOI DE 1930

204-224	TITRE I. — LES ASSURANCES DE TRANSPORTS NON TERRESTRES	147
204-220	CHAPITRE I. — LES ASSURANCES MARITIMES	149
204	Section I. — Existence traditionnelle du recours	149
205-209	Section II. — Nature du recours de l'assureur maritime	150
210-220	Section III. — Exercice du recours de l'assureur maritime	152
210-212	§ 1. — Domaine d'application	152
213-214	§ 2. — Fonctionnement de la subrogation	153
215-219	§ 3. — Perte du recours par l'assuré	155
220	§ 4. — Caractère supplétif	157
221-224	CHAPITRE II. — AUTRES ASSURANCES DE TRANSPORTS ..	158
221-222	Section I. — Les assurances fluviales	158
223-224	Section II. — Les assurances aériennes	159

N ^{os}		
225-261	TITRE II. — L'ASSURANCE-CREDIT	163
227-228	CHAPITRE I. — SOLUTION DU PROBLÈME EN MATIÈRE D'ASSURANCE-INSOLVABILITÉ	165
229-261	CHAPITRE II. — SOLUTION DU PROBLÈME EN MATIÈRE D'ASSURANCE-AVAL	167
231	<i>Section I.</i> — Le tireur assuré ne peut transmettre aucun droit à son assesseur	168
232-239	<i>Section II.</i> — Transmission conventionnelle des droits du tiers porteur à l'assureur	169
234	§ 1. — Procédé de transmission du droit cam- biaire : l'endossement	170
235-239	§ 2. — Procédés de transmission du droit civil.	171
240-258	<i>Section III.</i> — Subrogation légale de l'assureur dans les droits du tiers porteur	174
241-242	§ 1. — Nécessité pratique de la subrogation lé- gale. — Argument d'équité	174
243-249	§ 2. — Théorie opposée à la subrogation légale	175
250-255	§ 3. — Théorie du caractère bancaire de l'assu- rance-aval	179
256-258	§ 4. — Théorie proposée	182
259-261	<i>Section IV.</i> — Exercice du recours. — Inoppos- abilité des exceptions.	184
262-267	CONCLUSION	187
	BIBLIOGRAPHIE	191

ACHEVÉ D'IMPRIMER
LE 5 MARS 1951
SUR LES PRESSES DE
L'IMPRIMERIE CLERC (S.A.R.L.)
A SAINT-AMAND (CHER)
POUR LE COMPTE DES
EDIT. DOMAT-MONTCHRESTIEN
PARIS

